# 言论的边界

## 美国宪法第一修正案简史

[美] 安东尼・刘易斯 著
Anthony Lewis
徐爽 译

从大骂白宫政要，
到八卦他人闺房秘事，
为什么美国人
比其他任何国家的人
都更有胆当众放言？
因为，他们有
宪法第一修正案
这座靠山。

两届
普利策奖得主、
《纽约时报》最受欢迎的
专栏作家，为您素描一副
美国言论自由的
全景图

# 导言

我们的栖身地——今日美国——乃是世界上言论最为开放的社会。美国人在思想和言论方面，比起其他任何国家的人来说，都更为自由；而且这样的自由胜过了以往任何时候。我们可以曝光各种秘密，不管来自政府大楼还是私家卧室。我们可以批评执政的官员，他们彼此之间也在积极地互揭老底儿，丝毫不用担心会有什么后果。印刷品、广播电视、互联网，无论哪种形式，法庭基本上都不会阻止人们按各自的心愿发表意见。甚至那些令人厌恶、耸人听闻的言论，谈政治的、玩艺术的，也可以完全自由地进入思想市场。

其他一些看起来与美国相似的国家——举例而言，比如英国——在关于什么可以说、什么又不可以说这个问题上，往往设定了更多限制。为什么会存在这样的差异？我们所享有的非同寻常的自由又从何而来？答案似乎不言自明，那就是美国宪法“第一修正案”（the First Amendment）。这条修正案特别规定：“国会不得制定关于下列事项的法律：……剥夺言论或出版自由……”（Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press...）

但是，仅靠这条十四个字的规定本身，造就不了我们的伟大自由，因为在过去数十年间，它并没有为批判性言论提供应有的保护。1798年，也就是第一修正案被列入宪法的第七个年头，国会制定了一部法律，以惩治丑化总统的言论。因为撰文嘲讽亚当斯总统（John Adams），一些编辑锒铛入狱。一个世纪以后，因为批评威尔逊总统（Woodrow Wilson）的政策决议，几个可怜虫冒犯了国会制定的另一部法律，被判二十年监禁。

在今天，每一位总统都成了批评和嘲讽的靶子。就算最刻薄的批评家，如果因言获罪，都是我们难以想象的。即使他／她有可能被告上法庭，法庭也会以与第一修正案冲突为由，拒绝受案。可见，这一有关言论与出版的十四字条款，背后暗流涌动，而涵义已然今非昔比。更准确地讲，法官和社会公众对于这十四字条款的理解，发生了改变。

这样的判断，实际是打开了一条尘封的道路，这条道路标志着过往那段不为人知却意义重大的历程：关于宪法的解释，一直处于不断的变动之中。首席大法官休斯（Charles Evans Hughes）曾说，“我们都生活在宪法之下；但宪法是什么，还得法官说了算。）【休斯：在纽约州艾尔米拉的演讲，1907年。】这话在今天听起来很像是批评家对所谓“司法能动主义”（judicial activism）的冷嘲热讽。然而，休斯说这句话的时候是1907年。三年后，他出任最高法院大法官；他认为自己只是在陈述一个明摆着的事实。的确，必须要有人来解释制定于18世纪的宪法和修正案。在以宪法为基础发展起来的政治体制下，这一重任正是法院的分内之职。

法官不是在真空状态中办案，身处的社会环境会影响他们；反过来，社会也会受到法官言论的影响。因此，对于宪法涵义的变迁，历史、法律和文化都在其中发挥了作用。

今天，我们说第一修正案确保我们的自由，其实并不仅仅在称颂那简短的十四个字；我们脑海里浮现出了一个法律的万花筒，法官们多年来将修正案适用于各种争议，编织出了一幕幕生动的历史画面。一名持异议人士焚烧国旗以抗议政府，这种行为是否属于受第一修正案保护的表达方式？一笔脱离法律监管的竞选资金，可以看成是应该受到保护的“言论”吗？又或者，不符合事实地大肆攻击某个官员，那个官员能以诽谤为由诉诸法庭吗？

在回答此类问题时，法官通常会考察前人对于类似争议是如何处理的。一个判决就是一个先例，这就是所谓的“普通法方法”（common-law method）。若干世纪以来，先是英国继之以美国，一代代法官逐渐在有关财产、契约以及其他领域建立起了世人所称的“普通法”规则：法律不是靠明确的条文来表现，而是在一个个案件的判决中清晰地展示出来。

通过这种方式发展起来的宪法仿佛一幕戏剧，第一修正案的历史尤其如此。这出长剧从1791年拉开帷幕，一直延续至今，演变成了一个没有结局的传奇。第一修正案向法官也向社会大众提出了值得深思的问题。我们真正需要的自由社会应该是怎样的景象？自由与秩序的边界究竟应该划在何处？“不得制定法律”（no law）以限制言论和出版自由的禁令是绝对的吗？在本书中，我将从法律以及社会的角度来

考察第一修正案；在此过程中，前面所提及的部分问题也将得到讨论。

第一修正案的故事，是法官在我们这个以法律为基础的政治体制中扮演关键性角色最强有力的证明。正如麦迪逊（James Madison）以及其他宪法起草人所说的那样，选民才是共和国的最高君主。然而，我们不要指望不断轮替的多数党来为我们阐明宪法的基本价值，至少在他们的直接利益与这些价值相冲突的时候，勿存幻想；而这样的冲突，在现实中不时出现，而在将来也还会继续存在。只有法官，他们长期任职，而且有义务以超越短期党派冲突的眼光来看待问题，因而是表达宪法深层价值的最佳人选。

这就是美国历史给予我们的教益。直到第二次世界大战，法院，尤其是最高法院，在政治结构中居于显要地位，这样的格局一直为美国所独有。其他任何民主社会都不具备这样的特征，即由法官来实施的宪法。在英国，从其帝国时期开始，议会主权原则就占据绝对优势；议会的决定——哪怕有歧视、哪怕不公平——就是法律。不过，20世纪后半期，纵观全球，情况发生了变化。

1998年，以色列最高法院院长阿哈龙·巴拉克（Aharon Barak）在一次讲演中对这一变化进行了阐释。他说：过去，人们相信，依靠多数人的自律自制，就足以保证基本价值得到尊重。然而，在纳粹统治以后，人们得到的经验教训是，“对于多数人的权力，必须要有严格而正式的限制。‘不做’（It is not done）的概念需要一个明确的表达，那就是‘不许做’（It is not forbidden）。”【巴拉克：在希伯来大学荣誉博士授位仪式上的致辞，1998年6月7日。】

今天，越来越多的国家开始实行宪政民主制度，将基本议题的最终解释权交到法官手上。先是一直坚持共和制的法国，紧接着是言论的边界重建后的德国。随后，此模式扩展至前英属殖民地，其中尤其值得关注的是印度和南非。此外，欧盟国家正式通过了《欧洲人权公约》（European Convention on Human Rights），由欧洲人权法院负责具体的实施工作。最终，英国法院也允诺将依照这部公约行事。

随着第一修正案历史的展开，我们可以看到：将一个承诺写进宪章，并不能当然地确保其实施。毕竟，经过一个多世纪的漫长历程，

美国法院才开始保护持不同政见者和出版商免受政府压制。换言之，法官们在经过长久努力之后，才兑现了第一修正案中的许诺：美国将成为一个言论和出版自由的国度。在这一过程中，创造力与勇气交织着岁月的流逝。胆怯而缺乏创见的法官，造就不出如此自由的美国。

个人拥有按照自己意愿说话与写作的自由，是民主制度不可或缺的必然要求。1986年，欧洲人权法院的法官们在就批评政治领导人的权利展开讨论时，认识到：他们此刻并不是站在无以立基的沙滩上，美国的经验足资借鉴。

奥地利新闻记者林根斯（Peter Michael Lingens）曾撰文抨击某政要是“最卑劣的投机分子”。该政要以诽谤罪诉之法庭，并赢得了官司。林根斯向欧洲人权法院寻求救济，法院认为：诽谤判决与《欧洲人权公约》相关条款规定的表达自由权相悖。【林根斯案：Lingens v. Austria, 8 E.H.H.R. 407, 409, 418-19 (1986)。】法院判定，自由“构成了一个民主社会必不可少的基础……它不仅能适用于那些我们乐于接受或者不那么具有攻击性的‘信息’与‘理念’……也适用于令人不快、震惊甚至深受困扰的情形。这是多元主义、宽容精神与博大胸怀的必然要求；没有上述品性。就没有‘民主社会’。”不妨借用美国联邦最高法院首席大法官霍姆斯（Oliver Holmes）的说法：“那些为我们所痛恨的思想，同样自由。”【霍姆斯：United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644, 654-55 (1929)。】

如果某一宪法条文没有清晰可辨的历史——就像第一修正案曾出现的情况，找不到起草者们关于其立法意图有价值的讨论——那么，法官在面对具体案件时应该如何对条文作出解释？这是一场永无止境的讨论。然而，有一点始终是千真万确的。那就是，无论多么大胆的法官，都是他所处社会的一分子，都会受到当时社会态度的影响。举个明显的例子，纳粹的惨痛教训使更多的美国人（当然也包括法官）意识到宗教及种族歧视所可能带来的毁灭性后果。

2006年，联邦最高法院的金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg）大法官在南非开普敦大学的一次演讲中曾说，“是什么使得法庭的理解日渐清晰，而且越来越有生命力？法官们也时常读报，自然会受到潜移默化的影响。就像著名宪法学教授弗罗因德（Paul Freund）所形容的那

样，这种影响来自整个地区的气候，而非一天两天的天气。”【金斯伯格法官：在开普敦大学的演讲，2006年2月10日。】

金斯伯格法官的这番话，是针对当时的种族歧视话题加以探讨的。不过，她的观点用来描述自20世纪初期以来最高法院对于第一修正案的扩大解释，同样适合。大法官霍姆斯比同时代的大多数美国人（包括他的同行）都要先知先觉，他明白：思想自由乃是构筑我们这个多元社会的最基本要素。当然，法院对于表达自由的支持，是与广大民众勇于自由表达的实践一同成长的，两者相互影响、相互促进。1798年的法律，将批评总统的言论视为犯罪，法官在其中也没少推波助澜。而到1800年大选的时候，由于被认为有悖第一修正案及美洲新大陆的自由精神，该法即被选民废止。这在美国历史上，可堪铭记。

第一修正案的涵义，在过去的岁月里被一代又一代的美国人（从法官、政治领袖到普通民众）所塑造，未来仍将如此。可是，总有些权贵人士乐于通过压制批评的声音来让自己活得更舒坦。2007年，康涅狄格州威尔顿市的一位校长以可能对某些家庭构成滋扰为由，取消了一个以伊拉克战争为题材的学生表演；而如此行事的校长还会时常出现。【康涅狄格州，威尔顿市，校长：参见《纽约时报》2007年3月10日第10版第1栏。】不过，我始终坚信，美国人对表达自由（哪怕是不受欢迎的言论）的尊重与信仰，矢志不渝。

# 1 序幕

美国人对言论和出版自由尤为珍视，因为这一自由源于父辈们曾经饱受压迫的历史。17世纪横渡大西洋的殖民者们大多来自英国；在当时的英国，发表与“官方真理”不同的言论是极其危险的举动。国家界定了什么是政治上所允许的，或者更严格地说，什么是宗教上所允许的。

压制主要通过两种方式实现。第一种方式是事先限制：对所有出版物的许可证制度。1538年,英国国王亨利八世（Henry Ⅷ)发布了一条公告，任何想要从事出版的人都必须事先申请许可证。【国王亨利的公告：参见弗雷德里克·西顿·西伯特（Frederick Seaton Siebert）著《英国的出版自由，1476-1776》，（Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Controls），伊利诺伊大学出版社1952年版，第48页。】审查范围几乎无所不包：书籍（《圣经》是发行量最大的出版物）、小册子、货运时刻表等。这项制度创造了利润丰厚的出版垄断，同时，阻止了种种非正统观点的传布。

许可证的颁发者是一些完全武断行事的行政官僚。他们可以随心所欲地决定哪些东西准许出版而哪些则不能，完全无需任何解释。如果他们说不，则不得再进行任何申诉。这个所谓的出版物事先限制机制，激起了反对书报审查制的最著名的抗议：诗人、散文家约翰·弥尔顿（John Milton)为此写下《论出版自由——为了不被审查的出版自由》(Areopagitica - A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing)。【约翰·弥尔顿：《论出版自由——为了不被审查的出版自由》（Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament England），第8段。】

17世纪40年代，英国议会在国内战争中推翻了查理一世(King Charles Ⅰ），进而废除了皇家许可证制度。不过，世事如棋，当反对者夺取政权后，他们却往往比前任更少宽容。1643年，议会颁布了新的许可法令。该法一直沿用到1694年，直至议会未能成功延长其有效期而失效。

压制的第二种方式可谓更加无所忌惮，这就是《反煽动性诽谤法》（the law of seditious libel)。《反煽动性诽谤法》将任何对政府、教会抑或上述两机构官员的不恭言辞都视为犯罪。煽动性诽谤的前提在于，所有出版机构都必须尊重国家，以避免造成可能引发社会动荡的危险。如果你将某些批评性言论付梓发行——比如说，指控某官员收受贿赂——那么，即使能证实该言论为真，也对你没有丝毫好处。对于煽动性诽谤的指控而言，即使被告人所述属实也不能构成辩护的理由。上述行为之所以构成犯罪，乃因其降低了公众对官员的尊重；因此，一个言出有据的批评往往比不实批评更具危害。法律规定被告须经陪审团审判，但法官本人（多是由政府指定的）即可认定出版的文章是否具有煽动性；陪审团所需考虑的，仅仅是被告人是否已经出版该文章。控罪一旦成立，即可判处包括死刑在内的刑罚，而死刑甚至会以“绞首-开膛-分尸”这种能使人产生长久恐惧的行刑方式予以执行。

令人费解的是，那个时代对于许可证制度的批评，常常对其刑罚的残酷视而不见。“教会和国家最为关心的是”，弥尔顿写道，“这些书如何败坏他人又贬损自己；因此，顺理成章地，这些罪犯就应该被绳之以法，或押或囚。”

威廉·布莱克斯通（William Blackstone)是普通法、当然也是《反煽动性诽谤法》方面的权威。和弥尔顿一样，他认为惩治煽动性诽谤与事先限制之间存在着明显的区别。“英国法所惩罚的诽谤罪包括亵渎上帝、有伤风化、叛国、分裂以及煽动和恶意中伤的言论。”他在1769年写道，

*严格地说，出版自由不应受到任何破坏或者侵犯……言论自由的构成，意味着不得设置针对公布传播的事先限制，但（言论自由）并不包括出版以后因其含有犯罪事实而免受惩罚的自由......对于那些危险的、带有攻击性的出版物，经由公平且中立的审判而被认定具有有害倾向的，则为和平与良序的目的，依据现行法律加以制裁是完全必要的。要知道，一国政府和宗教，乃是维护公民自由的惟一巩固的基础。【威廉·布莱克斯通：《英国法评论》（Commentaries on the Laws of England）（1765-1769），第四卷，第二章，第151、152页。】*

布莱克斯通虽然声名显赫，但他在此处谈及“公平且中立的审判”时并没有给出什么具体的保护性措施。因为在这样的审判中，法官们认定哪些属于煽动性言论，依据的仅仅是“具有有害倾向”这一含混不定的概念，而所述属实也不构成辩护理由。

早期的北美殖民地对于异议人士也绝少宽容。艰难渡海的清教徒们为自由、为履践宗教信仰而来，不过这样的自由并没有扩至其他教派。1660年，马萨诸塞绞死了玛丽·戴尔（Mary Dyer），只因她坚持宣扬贵格会教义。殖民地法官一直沿用英国普通法，当然也包括《反煽动性诽谤法》。不过，一段时间后，民众掀起了抵制浪潮。其中，最早争得出版自由重大胜利的是约翰·彼得·曾格案（the case of John Peter Zenger）。

曾格是纽约的一名印刷业者，他印刷了（仅仅是印刷，而非撰写）一份名为《纽约周刊（the New York Weekly Journal）的报纸。该报文章抨击纽约的英国总督威廉·科斯比（William Cosby），科斯比遂指控曾格犯有诽谤罪。在1735年的审判中，曾格的律师来自费城的安德鲁·汉密尔顿（Andrew Hamilton）声称，《纽约周刊》对科斯比总督的批评均属事实。其实汉密尔顿明白，即使所述属实，仍不足以为曾格辩护——因为这一辩护理由不符合《反煽动性诽谤法》的规定。果不出所料，由科斯比指定的法官正是这样裁断的。但是，汉密尔顿吁请陪审员们不受法官指示的支配，用他们自己的判断，给曾格以自由——如果他们确信报纸对科斯比的批评均属事实而非诽谤。陪审团最终裁定曾格“无罪”：这一特殊的判决虽然不能全面修改法律，却在殖民地引发了一系列反响，极大地影响了其后对于煽动性诽谤的审判。

迥异于我们所知道的高度资本化的都市媒体，18世纪的美国报界充斥着五花八门的小道消息。随便什么人，只要把稿件送到像彼得·曾格这样的专业印刷商手里，就能发行报纸。同时，各家报纸本身也具有高度的党派属性，编辑们往往都是政党名流。比如，让曾格惹上麻烦的《纽约周刊》，其刊发的时政性文章大多都出自一个反对科斯比总督的政治派别。当时的新闻界很少关注客观性，甚至深孚众望如乔治·华盛顿者也难逃言辞讥诮的批评。华盛顿总统于1797年卸任后，《费城曙光》（Philadelphia Aurora）即称他为“我国所有不幸的渊薮”，同时又说，每一个美国人“在听到华盛顿的名字终于可以退出历

史舞台，不再制造政治不公的时候，都禁不住欢欣鼓舞、心潮澎湃”。1960年，伦纳德·李维（Leonard Levy）教授在他的《压制的合法性》（Legacy of Suppression）一书中指出，第一修正案诞生之初也就是18世纪末期，美国的出版自由事实上是被夸大了；它仅能免于事先限制，并不能逃脱违禁文字的事后惩罚，《反煽动性诽谤法案》依旧大行其道。【李维：《压制的合法性》（Legacy of Suppression），哈佛大学贝尔纳普出版社I960年版；《出版自由的兴起》（Emergence of a Free Press），牛津大学出版社1985年版。】该书的出版引发了学界的广泛争议。不过，二十五年后，李维却几乎全盘推翻了他当初的观点。此书再版后更名为《出版自由的兴起》（Emergence of a Free Press），作者声称：进一步的研究表明，尽管法律理论仍然存在限制，但在实际操作中，“媒体大可自行其是，仿佛这部法律根本不曾存在”。对于政治家和政治学人而言，这可真是极大的讽刺。

有关煽动性诽谤的起诉在18世纪最后十年间明显减少，部分原因无疑是当权者担心他们会激怒民众。不过，到1803年时，纽约哈德逊的一名编辑哈里·克罗斯韦尔（Harry Croswell）在州法院被控攻击托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson）总统。该编辑所在的《黄蜂报》（The Wasp）透露了一则内幕，声称：杰斐逊在担任副总统期间，曾资助一名记者恶毒攻击总统亚当斯以及华盛顿（该记者将华盛顿说成是“叛徒、强盗和作伪证者”）。州法院判处克罗斯韦尔“有罪”，不过一年以后，被告即获释放；因为纽约颁布新法，只要文章所述属实即可对抗煽动性诽谤罪。

在书报审查制与媒体冲破压制的不断交替的浪潮中，要求政府将出版自由原则写入基本文件的呼声应运而生。弗吉尼亚是第一个将此付诸实践的地方。风云激荡的1776年，弗吉尼亚殖民地立法机构通过了《弗吉尼亚权利宣言》，庄严地宣布出版自由乃自由的重要保障之一，绝不能加以限制；只有专制政体才会限制这种自由。”时至1787年《联邦宪法》颁布以及1791年《第一修正案》诞生，十三个州中已有九个州将类似条款载入州宪法或其他基本文件。

毫无疑问，作者和印刷商当然乐于见到出版自由被提升至州宪保护的高度。然而，有了这些条款就等于事实上享受到“出版自由”了吗？布莱克斯通在美国各级法院依然享有广泛的影响力，大多数司法

权威都赞同他所说的出版自由仅意味着免于事先限制的自由，而并不包括煽动性诽谤的豁免。按照这一观点，有关出版自由的温暖人心的字句其实并没有带给我们更多的好处，因为早在1694年英国废除出版许可证制度以后，事先限制便已告终结。事实上，布莱克斯通只是贡献了一项免于早已不存在的限制的自由。

此外，在各州保护出版自由的问题上，还存在一个更深层次的疑虑。今天，我们当然毫不怀疑宪法条文具有法律效力，宪法作为高级法，在诉讼中处于统领其他现行法规的地位。然而，这样的看法在18世纪却并不能理所当然地被接受。宪法条文通常被视为对州法的忠告，或者说是一种劝勉，而不具有法律约束力。如前所引的《弗吉尼亚权利宣言》，其中的出版自由条款听上去与其说是法律，毋宁说更像一种说教。

法官们首次适用宪法条款推翻既往的普通法实践，出现于马萨诸塞。1780年，约翰·亚当斯起草的该州宪法是以这样的字句开篇的："所有人都是生而平等和自由的。"三年后，该州最高法院受理了一宗殴打案件。原告奎克·沃克（Quock Walker）是一名黑奴，声称曾被允以自由，但主人临事背信，沃克于是逃走。不幸的是，沃克随后被抓回并遭到痛殴。原告遂起诉其主人纳撒尼尔·詹尼森（Nathaniel Jennison）犯有暴力殴打罪。詹尼森为自己的行为辩护，说奴隶制在马萨诸塞久已有之；作为主人，他当然有权力追回并教训一名逃奴。然而，"平等和自由"的字句又意味着什么呢？首席大法官威廉·库欣（William Cushing）认为，奴隶制与我们的宪法相悖，"再也不能容忍"。【奎克·沃克案：参见小波德·阿格尼斯（Peter W. Agnes Jr.）撰"奎克·沃克案与奴隶制在马萨诸塞的废除"（The Quock Walker Cases and the Abolition of Slavery in Massachusetts: A Reflection of Popular Sentiment or an Expression of Constitutional Law?），载《波士顿律师》1992年3-4月刊，第8、10页。】这起案件的审理有效地终止了马萨诸塞的奴隶制。

1787年《美国宪法》没有权利法案，没有对言论、出版以及其他自由的承诺。不过，在当时危急的政治环境下，它很快就有了这样的需要。宪法提交各州制宪会议批准时，反对派发起了激烈的攻势。著名的自由斗士，如弗吉尼亚的帕特里克·亨利（Patrick Henry）、乔治·

梅森（George Mason）等，担心新成立的联邦政府拥权过大进而压迫人民。

宪法批准过程中的几个关键州，马萨诸塞、纽约和弗吉尼亚都倾向于反对批准宪法。后来，马萨诸塞的约翰·汉考克（John Hancock）提出了一个新方案以说服中间路线主义者。他建议批准宪法，但同时要求当选的第一届国会立即增补权利法案。因为这一方案，马萨诸塞制宪会议以187票对168票批准了宪法。其后，纽约以30票对27票、弗吉尼亚以89票对79票先后批准宪法。通过极其微弱的优势，一个新的美国诞生了。

詹姆斯·麦迪逊是制宪领袖之一，他当时反对在联邦宪法中列入权利法案。麦迪逊担心，采用清单的方式开列权利将会导致其他未被列入法案的权利得不到重视。那么，究竟应当如何保障公民的权利与自由？麦氏认为须依赖于以下事实，那就是：宪法只授予新的联邦政府有限的、指定的权力；凡未述及的事项，政府均无权管辖，包括出版。除此以外，麦迪逊还有一个顾虑，即他不相信权利法案能真正生效。1787年，麦氏在写给杰斐逊——后者正在巴黎出任驻法公使——的一封信中，声称权利法案不过是“羊皮纸糊的篱笆”、不断遭到“各州中专横的大多数”的侵犯。【麦迪逊致杰斐逊的信，1788年10月17日。】很明显，在麦迪逊眼中，权利法案只是对立法机构的忠告，而非法院可以适用的法律。

[在给麦迪逊的回信中，杰斐逊坚决支持制定权利法案的主张。他认为，权利法案“对我来说，分量尤重，它是可以交诸法官手中的司法制衡力量”。【杰斐逊的回信，1789年3月15日。】言下之意，杰斐逊热切期望法院通过宣布与权利法案条款不符的法律违宪来实施权利法案。不过，在1803年的马伯里诉麦迪逊案（Marbury v. Madison）中，首席大法官约翰·马歇尔（John Marshall）裁定国会立法因违反宪法而无效；此时的杰斐逊已经身为总统，却对马歇尔的判决大为光火，称它“使司法部门变成了专制机构”。看来，一以贯之并非杰斐逊总统的性格。]

尽管麦迪逊起初并不赞成在宪法中列入权利法案，但在当选第一届国会众议员后，他便转而积极推动法案的出台。论及原因，或许是他被说服了，或许是他感到有义务去实现关键州批准宪法时的愿望。

麦迪逊一共向参众两院提交了十二条宪法修正案，现在的第一修正案当年位列提案的第三条。而提案的前两条，主要涉及国会代表的数量和议员的薪水问题，这两条修正案都未能获得四分之三的州批准。截至1791年11月15日，法案生效所需要的最后一个州——弗吉尼亚批准了该法案，于是，其余的十条修正案都被写进了宪法。

今天，很多法律界人士认为，法官应当从考察制宪者的“原意”（original intention）入手来解释宪法条文。如果真要如此按图索骥的话，那么我们需要查阅当年宪法修正案起草人的声明、为此展开的讨论以及批准过程中的种种评议。然而，这样一番搜索似乎并不能为第一修正案增添多少说明。麦迪逊向众议院提交的修正案草案，其文字屡经两院修改，其间并未留下任何背书。并且，参议院也没有保存任何讨论的记录。由此看来，第一修正案的诞生并不能为如何理解它的“原意”提供多少线索。不过，不久以后，这个国家与这部宪法便经历了一场何谓“言论和出版自由”的重大考验。

## 2 “恶毒的或者卑鄙的”

1798年7月4日，参议院通过了一项关于将煽动性诽谤定为联邦罪行的法案。支持该法案的联邦党人特意选择这个日子，意在强化其爱国主义色彩。同样处于联邦党人控制下的众议院也于7月10日迅速通过了该法案。随后，联邦党的亚当斯总统在7月14日签署了法案。从提交审议到批准生效，前后只用了十天时间，这不可不谓是一部“速成的”事关重大的法律。

《反煽动叛乱法案》（the Sedition Act）规定，发表、出版“任何针对联邦政府……国会……总统的恶意、虚假、诽谤性的言论均构成犯罪……同时，不得散布蔑视、丑化联邦政府、国会或总统的言论，或者煽动善良的美国人民对于联邦政府、国会或总统的仇恨。”违者将被处以长达两年的监禁和多达2000美元的罚款。

什么原因促使国会如此匆忙地制定法律惩治“煽动叛乱”呢？据说，这部法律的“应时而出”，是为了拯救已然陷入恐怖气氛包围的国家——来自法国的恐怖。众所周知，1789年法国革命产生了“雅各宾派专政”（Jacobin Terror）和林立的断头台。部分美国人，尤其是持保守立场的美国人，深恐法国对外输出意识形态。法国人曾为美国独立提供了至关重要的支持，然而，随着巴黎街头流血事件的不断传来，美国人的感激之情也迅速消退。

对于法国恐怖统治的担忧，成为制定《反煽动叛乱法案》的政治动力。当时，政党制度初具雏形，联邦党俨然以得势大党的身份雄踞政坛。而正在兴起的反对势力，也就是更为亲民的一批人，称自己为共和党人；他们拥戴的，则是副总统托马斯·杰斐逊。【托马斯·杰斐逊领导的民主共和党，也称共和党（Republicans），也许这一名称容易使人产生误解。该党即是现在民主党的前身。】两大党派的争斗日益激烈，总统夫人阿比盖尔·亚当斯（Abigail Adams）曾在1798年写给朋友的信中将共和党人称为“法国人的党”，说他们整天忙于“播撒罪恶、反教、腐败以及造谣惑众的种子”。【阿比盖尔·亚当斯：引自詹姆斯·莫顿·史密斯著《自由的镣铐》（Freedoms Fetters: The Alien and

Sedition Laws and American Civil Liberties）一书，康奈尔大学出版社1956年版，第96页。】

联邦党人出台《反煽动叛乱法案》，意在即将到来的1800年总统预选中镇压支持杰斐逊的言论；不言而喻，杰斐逊注定会成为现任总统亚当斯的强劲对手。很快，联邦党人的这一政治算盘就被识破，因为《反煽动叛乱法案》只惩罚批评总统和国会的言论，却惟独不保护副总统。按照法案自身的规定，它应该在1801年3月3日，也就是后任总统宣誓就职的前一天失效。在其短促的不过两年半的存在期间，十四个人因为这部法案而被捕，其中就包括支持杰斐逊的报社编辑和所有者：《费城曙光》（Philadelphia Aurora）、《波士顿独立纪事》（the Boston Independent Chronicle）、《纽约百眼巨人》（the New York Argus）、《巴尔的摩人》（the Baltimore American）、《里士满观察家》（the Richmond Examiner）等。这些案件大多集中出现于1800年，亚当斯的国务卿蒂莫西·皮克林（Timothy Pickering）积极推动相关诉讼，力图在大选年中让支持杰斐逊的报纸“失声”。

《反煽动叛乱法案》明文规定，发表、出版“虚假”（false）言论方可构成犯罪。基于这一规定，主事者宣称该法是对普通法中“煽动性诽谤罪”的人道主义的改良。因为，依据普通法，即使批评属实也不足以构成无罪辩护。然而，在实际操作中，两者并无根本差异。法官要求被控违反《反煽动叛乱法案》的嫌犯承担证明自身言论完全属实的责任；而事实上，被告之所以遭到起诉，正是因为其言论的观点问题——观点本身是无法证明真伪的。

《反煽动叛乱法案》钳制言论的本性在第一起“煽动叛乱案”诉讼中便表露无遗。这起案件的被告是佛蒙特州的共和党国会议员马修·莱昂（Matthew Lyon），起因出自莱昂写给《佛蒙特期刊》（Vermont Journal）编辑的一封信。信中称总统“汲汲于攫取权力，对于荒唐的虚荣、愚蠢的谄媚和极端自利趋之若鹜”。【马修·莱昂：引自詹姆斯·莫顿·史密斯著《自由的镣铐》（Freedoms Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties）一书，，康奈尔大学出版社1956年版，第226页起。】应该说，这样的说法基本属于一种政治套话，很难判断是真是假。但是，法官的审判意见认为莱昂的这封信充满了“下流的、捏造的、虚假的、恶毒的、有预谋的诽谤”。最高法院的法官威廉

·佩特森（William Paterson）主持了案件的审理。他指示陪审团必须确定莱昂写信时是否“怀有恶毒的、卑鄙的，意图诋毁、丑化国会或总统”以及其他更多动机。最后，陪审团宣布莱昂有罪并判处其四个月监禁和1000美元的罚金。

另一起诉讼将火力投向政治手册作家詹姆斯·卡伦德（James T. Callender）。【卡伦德案：同上，第334页起。】1800年总统竞选启动后，卡伦德在其出版的一部书中称总统亚当斯是个“灰白头发的纵火犯”，同时又称“在亚当斯和杰斐逊之间选择，就是在战争与和平、赤贫与富足之间进行选择”。【前在第一章中述及的1803年，哈里·克罗斯韦尔被控违反纽约州反煽动性诽谤法，就是指他爆料杰斐逊资助卡伦德撰文攻击亚当斯，参见本书第1章。——译者注】主持审理卡伦德案的是最高法院的塞缪尔·蔡斯（Samuel Chase）法官，他被共和党人视为最狂热的联邦党分子。【1800年，在共和党人占据了众议院大多数席位以后，蔡斯遭到弹劾。不过，弹劾案最终未能在参议院获得通过。】卡伦德案的所有陪审员也都是联邦党人。最近的研究显示，在反煽动叛乱案件的审理过程中，法官和法警在陪审团中安插了大量联邦党党员。

接连发生的马修·莱昂案和詹姆斯·卡伦德案在民众中引起了广泛抗议——考虑到当时资讯流通的不发达，这里所说的“广泛”尤其引人注目。莱昂的刑期本应到1799年2月9日为止，但他因付不起罚金，而只能继续呆在狱中。所幸，各地共和党政要为他发起了募捐活动。弗吉尼亚州参议员史蒂文斯·梅森（Stevens T. Mason）带着金币来到佛蒙特，莱昂终获释放。民众为欢迎他的出狱，发起了一场庆祝游行。

联邦党人推行《反煽动叛乱法案》，意在竭力维持其已摇摇欲坠的政治优势。杰斐逊主义者声称，这些起诉就是想把美国人民拉回到乔治三世的专制统治时代；他们散发了大量卡伦德案的材料作为证明该企图存在的证据。《反煽动叛乱法案》成为了抗议运动的众矢之的，并且在1800年总统大选中帮助杰斐逊击败了亚当斯。在这场选举中，联邦党同时丧失了国会参众两院的控制权，从此一蹶不振直至湮没无闻。

《反煽动叛乱法案》引发了一场空前的政治大讨论。按照21世纪的观点来看，让人费解的是它的政治色彩远胜过其法律性。在今天，

如果有人反对这样的法案，他大可径直走进法院，主张该法违反了第一修正案。然而，《反煽动叛乱法案》的合宪性在其短暂的存在期却从未受到过最高法院的质疑。即便出现任何质疑，我们也几乎可以肯定，法院必然会支持该法案。1800年的最高法院，六名法官中有三名，蔡斯、佩特森和布什罗德·华盛顿（Bushrod Washington）在主持审理反煽动叛乱案时从未暗示过任何合宪性审查的倾向。

不过，宪法和第一修正案在这场讨论中并没有被人遗忘；恰恰相反，它们正是批评家们在国会或其他场合不断加以援引的、作为反对《反煽动叛乱法案》的依据。事实上，在美国历史的早期，围绕这部法案的政治和公众讨论所产生的言论和出版自由之争，直到今天还伴随着我们。

在众议院的辩论中，联邦党人主张：防止媒体进行诽谤性攻击的权力——尽管宪法并没有将此作为一项明确的权力授予新的联邦政府——对于任何政府来说，都是必要的应有之权。康涅狄格州众议员约翰·艾伦（John Allen）要求国会读一读费城的新闻报纸，费城当时还是联邦政府所在地。约翰说，不难看出，这些报纸充满了“推翻、颠覆政府”和煽动民众“起来暴乱”的“多重危险”。【约翰·艾伦议员的评论：同上，第113-114页。】事实上，费城的报纸的确对亚当斯政府怀有敌意，但他们号召用投票箱而不是暴乱来把现政府赶下台。

联邦党人并不认为《反煽动叛乱法案》与第一修正案之间有什么不妥，他们给出的理由是，保护“表达自由”的条款仅仅规定了不得事先限制，而《反煽动叛乱法案》确立的是事后惩罚。这实际上就是布莱克斯通的观点。宾夕法尼亚州的阿尔伯特·加勒廷（Albert Gallatin）——他后来成为杰斐逊总统任期内的财政部长，对此回应说，“声称惩罚某一行为却又不是在限制做这件事的自由，这样的说法本身就是荒谬的”。他同时指出，将布莱克斯通的观点适用于第一修正案的言论自由条款也是很“荒唐的”：政府如何能对说话者实行事先限制？是堵住他们的嘴呢，还是切断他们的喉咙？【加勒廷的评论：同上，第122-123页；另见，李维著《出版自由的兴起》一书，第302-303页。】

来自弗吉尼亚州的共和党众议员约翰·尼古拉斯（John Nicholas）发表了一个展望两百年后言论自由的演说。联邦党人因为《反煽动叛乱法案》至少在理论上仅适用于“虚假陈述”，继而断言它是一部自由

的法律。尼古拉斯针锋相对地反驳了这一观点，他说所有想要进行真假判断的企图都不符合言论自由的要求。因为任何言辞激烈的政治批评都可以被斥为“虚假”，而且，“即便所言为真，出版商们也会担心他们不能达到令法庭感到完全满意的真实程度，而不敢披露真相”。【尼古拉斯：引自李维著《出版自由的兴起》一书，第301-302、310页。】1964年，在《纽约时报》诉沙利文案（New York Times v. Sullivan）的审理过程中，最高法院指出，“在自由辩论中，错误意见不可避免……如果自由表达要找到赖以生存的呼吸空间，就必须保护错误意见（的表达）。”

1799年，当共和党人动议废除《反煽动叛乱法案》失败后，【该动议最终未获成功。】尼古拉斯又提出了另一个重要观点，他说：《反煽动叛乱法案》的思想理论主要来自大英帝国，这个国家具有一个与美国截然不同的政治结构。“根据英国的政治传统，国王是世袭的，因此他不会有错。公职人员都是国王的代表，自然也部分地分享了他的神圣与不可侵犯。”而在美国，“政府官员是人民的公仆，对人民负责，当然也须服从在周期性的选举中轮替去职”。

在反对《反煽动叛乱法案》的声浪中，最振聋发聩的声音来自詹姆斯·麦迪逊。法案一经通过，麦迪逊便与杰斐逊商议推动各州立法来对其加以抵制。当然，一切行动都是秘密进行的，因为他们这样做本身就可能因这部法案而招致控诉——呜呼，堂堂的宪法首席起草人！呜呼，一位美国副总统！由杰斐逊起草的《肯塔基提案》在1798年州议会上获得通过。该方案再一次重申了联邦主义原则，强调宪法授权各州保留适用于出版自由的法律的权力。麦迪逊也向弗吉尼亚州议会提交了解决方案，并提出一个经典论断：言论和出版自由乃是共和政体最坚实的守护者。

1798年通过的《弗吉尼亚提案》强烈抗议《反煽动叛乱法案》“对于宪法的毫不掩饰、令人担忧的侵犯”。提案认为，这部法案行使了

*一种宪法没有授予的权力，一种为宪法修正案明确禁止的权力，一种比其他权力更应当引起我们普遍警觉的权力。因为，这一权力，与自由检查公众人物和公共事务的权利，与人民自由沟通的权利——这是其他所有权利的惟一有效的保障，处于对立的地位。【《弗吉尼亚提案》和麦迪逊《关于〈弗吉尼亚提案〉的报告》：参见乔纳森·埃*

*利奥特编：《联邦宪法讨论文集》（Debates on the Federal Constitution）一书，利平科特出版公司1836年版，第553-554页。】*

[事实上，约翰·亚当斯在33年前所撰写的《论教会与封建法》（A Dissertation on the Canon and Feudal Law）一文中也表达了同样的观点。他写道，“对于人民而言，他们有权利……也有愿望去获知某种常识；倘若没有这种常识，自由将无以为存。然而，除此之外，他们也有权利——一种无可争议、不可分割、不可剥夺的神圣权利——去获知某种最为令人畏惧、令人妒羡的知识，亦即他们的统治者的品性和行为。”]

麦迪逊所定义的“自由检查公众人物和公共事务的权利”准确地道出了美国政治体制的前提，我们不妨将此称为“麦迪逊前提”（the Madisonian premise）。它向我们传达出这样的信息：当政府竭力阻止报纸披露一场不成功的战争的起因，正如1971年《纽约时报》刊登五角大楼的越战文件时尼克松政府所做的那样，又或者当局起诉某家报纸未经批准泄露机密及窃听情报，类似2006年乔治·布什政府的所作所为时，为什么美国人会从中嗅到危险的气息。

麦迪逊在1800年通过的《关于〈弗吉尼亚提案〉的报告》中进一步阐释了他的观点。他说，宪法造就了这样一种政府形式，“拥有绝对主权的，是人民，而非政府”，这和英国的制度是“完全不同”的。麦氏的看法与此前共和党众议员尼古拉斯可谓不谋而合，“在如此截然不同的情形下，考虑不同程度的出版自由，难道不是合理和必要的吗？！”麦迪逊接着又说，“回顾美国历史，媒体借助手中的自由之笔，实践了检查公众人物的个人操守和政策措施的责任。新闻不得被囚禁在普通法的严苛限制中，惟其如此，出版自由才得以成立。”【麦迪逊《关于〈弗吉尼亚提案〉的报告》：同上，第546-580页。】

弗吉尼亚州议会中也有不同的声音，反对者们发表了由亨利·李（Henry Lee）执笔的《少数派声明》以支持《反煽动叛乱法案》。【《关于〈弗吉尼亚提案〉的少数派声明》：参见阿尔伯特·J·贝弗里奇（Albert J. Beveridge）在其1919年出版的《约翰·马歇尔生平》（Life of John Marshall）一书中，认为《少数派声明》出自马歇尔之手（第 401-406页）。这一说法在《约翰·马歇尔文集》（The Papers of John Marshall, William C. Stinchcombe and Charles T. Cullen eds., 1979,

499）中受到有力挑战；另一版本的《约翰·马歇尔文集》（Charles F. Hobson ed., 2006, 512-524）中也有一段相当详细的注解称，亨利·李即是《少数派声明》的作者，事实上，马歇尔曾经清楚地表态，如果他当时是众议院议员的话，他会在《反煽动叛乱法案》通过时持反对意见。】亨利·李是独立战争时期声名远播的大英雄，绰号“轻骑手哈利”，其子是著名的国会政治家罗伯特·李（Robert E. Lee）。这篇文章措辞强硬地罗列了任何社会都会面临而当下也正在面临的关于政治表达自由的选择。少数派们宣称：

*有些人鼓吹“不存在依照法律规定惩罚出版物的权力”，这将会导致我们的国家无力维护和平秩序，同时，掩盖“邪恶公民”的不良居心。这些人自己不肯消停，还总是受人利用想出种种招数来扰乱公众的清静。政府的创建与存在，是为了人民的福祉与安全。人民和政府的存在是利害相关的，人民有权力采取措施确保政府的安全，既惩治秘密的阴谋，也对付公开的敌意。但是，如果出现虚假、恶意的诽谤造成民心背离，政府便无法得到保护。*

这份《少数派声明》是支持《反煽动叛乱法案》政治理念的完美表达。它将政府视为必须隔离“邪恶公民”的主权者，而不是一个由拥有主权的公民选举的、负责临时管理的主体。同时，《少数派声明》也说，类似于马修·莱昂嘲弄约翰·亚当斯的言论并非属于什么危险的阴谋。

杰斐逊在1801年就任总统后，很快特赦了所有因违反《反煽动叛乱法案》而获罪的人。在1804年写给阿比盖尔·亚当斯的一封信中，他解释了这么做的理由。【尽管在1800年选举之前，新旧总统的关系相当紧张，但杰斐逊一直与阿比盖尔——不久又与亚当斯本人保持着长期友好的通信联系。他们之间的通信直到两位前总统在同一天去世——也就是1826年7月4日，《独立宣言》发表15周年纪念日——才结束。】杰斐逊在信中写道，“我释放了所有因《反煽动叛乱法案》而被起诉、被判刑的人，因为我过去并且现在依然认为，这是一部自始至终都绝对无效的法律。它好比国会命令我们集体仆倒、对着一尊金质偶像顶礼膜拜，并且让我负责时时刻刻在旁看守、揪出那些拒不从命的人。而我现在做的，就是把那些拒绝膜拜偶像而被投进火炕的人拯救出来。”【杰斐逊致阿比盖尔·亚当斯的信：参见莱斯特·卡蓬编

（Lester Capon ed.）《亚当斯与杰弗逊书信集》（The Adams - Jefferson Letters: The Complete Correspondence Between Thomas Jefferson and Abigail and John Adams），北卡罗来纳大学出版社1959年版，第274-276页。】

历史的吊诡在于，《反煽动叛乱法案》在无意中为美国自由做出了重大贡献。它使得越来越多的美国人意识到言论和出版自由的重要性，也就是前文所说的“麦迪逊前提”。无论第一修正案的作者是否意图取消煽动性诽谤罪，在第一修正案载入宪法十年以后，美国民众已经普遍接受了“煽动性诽谤罪与宪法价值不相容”这一观念。

不过，恐惧常常成为压制辩护的合法理由，《反煽动叛乱法案》的后遗症依旧没有消除。美国历史上，民众反复被告知：公民的个人自由必须为保护国家免受外来威胁让路。被理查德·霍夫施塔特（Richard Hofstadter）称为“美国政治臆想症”（the paranoid style in American politics）的例子并不在少数。【霍夫施塔特：引自“理查德·霍夫施塔特”（Richard Hofstadter）一文，载《哈珀斯杂志》1964年11月刊，第77页。】远至1798年，联邦党人大肆宣扬“法国恐怖论”以证明《反煽动叛乱法案》的正当性；近至20世纪，国会通过大量法案清查被怀疑是共产党分子的公民。整个20世纪20年代，理查德·尼克松（Richard Nixon）和乔·麦卡锡（Joe McCarthy）靠攻击政治对手对共产主义心慈手软而赢得了不少选票。就在21世纪的今天，因为“反恐战争”（war on terror）的出现，布什总统成功地说服了国会剥夺“好斗的敌对分子”的合法权利。用他的话来讲，这是出于保护国家安全的需要。

詹姆斯·麦迪逊也预见到了这一问题。就在《反煽动叛乱法案》出台的两个月前，他在给副总统杰斐逊的一封信中写道：“国内自由的丧失，被归咎于为了防范来自外国的威胁——不管这种威胁究竟是真是假，这种情况可能会普遍存在。”【麦迪逊致杰弗逊的信，1978年5月13日。】

## 3　“所有生活都是一场实验”

今天，第一修正案在各类诉讼案件中被成功地、常规性地加以运用。最高法院和其他法院援引这一条款来保障公民的言论和出版自由。因此，当我们发现，最高法院直到1919年才第一次正式启动第一修正案来支持言论自由，往往无不感到惊奇。在当时，这可称得上是一个力排众议的意见。在《反煽动叛乱法案》通过120年后，言论和出版条款成为了一个严肃的法律问题。

如此长时间的静默是有原因的。《反煽动叛乱法案》在1801年失效后，联邦政府直到1917年再没有颁布过任何限制言论和出版的法案。此外，根据字面理解，第一修正案只适用于联邦法律，对各州没有效力。（“国会不得制定……”）1833年，最高法院在一份由首席大法官马歇尔执笔的法庭意见中确立了如下规则：权利法案，也就是前十条修正案，仅适用于联邦行为。

第十四修正案在南北战争后产生，规定任何州“未经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产”。最高法院很快将此条款视为个人财产权对抗州立法的保护伞，不过，从最初阶段来看，第十四修正案并不适用于前十条修正案所保护的公民个人自由的类型，比如言论自由。

当言论自由的主张（free-speech claims）在19世纪诉至最高法院的时候，最高法院只是伸出手背来表示欢迎，认为表达自由并不是什么重要的利益。法庭的做法是允许压制任何具有“不良倾向”（bad tendency）的言论，也就是那些可能冒犯思想正常人士的、令人不快的言论。然而，这样的分类标准如此含糊不清，以致它根本无法为说话者或写作者提供真正的保护。迟至1907年，这样的理论依然在最高法院大法官小奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes Jr.）审理帕特森诉科罗拉多案（Patterson v. Colorado）中得到运用。【帕特森案：参见Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907)。】托马斯·帕特森（Thomas M. Patterson）是一名编辑，他因批评法官、藐视法庭而被拘禁。按照陈旧的普通法原则，他不得被允许主张其批评是真实的；然而，帕特森坚称这侵犯了他获得正当程序保护的权利。霍姆斯法官

追随布莱克斯通的观点，称保护自由言论的“主要目的”在于防止“事先审查之限制”，但并“不禁止对被视为有违公共福祉的出版物施以事后惩罚”。同时，即使是真实陈述，如若造成社会危害，仍将受到惩罚——譬如批评法官之言论，就将贬损司法效能之权威。霍姆斯的这一看法与英国的《反煽动性诽谤法》遥相呼应，言论及出版仅仅因可能“被视为有违公共福祉”而得不到任何有意义的保护。

法官约翰·马歇尔·哈伦（John Marshall Harlan）对此持有异议。他认为，第十四修正案应该与第一修正案中对于言论和出版自由的保障相结合，因此，判处编辑藐视法庭罪实际侵犯了前述保护。哈伦的意见很简短，仅仅只有三段，也未论及言论和出版自由的本质或者范围。然而，这一意见被视为将前述权利运用于各州案件的先声，最高法院直到1925年才在这一方面有所改进。

十二年后，霍姆斯法官改变了当初对言论自由的看法——其对美国的自由产生了深远的影响。这是一段引人注目的往事，尽管至今还隐藏着种种秘密。故事发生于1917年，当时美国已参加了第一次世界大战。鹰派政策占据主流，任何反战论调均得不到宽容。不少德裔人改名换姓，甚至连德国泡菜也改称“自由卷心菜”（liberty cabbage）。在这样的气氛下，伍德罗·威尔逊（Woodrow Wilson）总统敦促国会迅速通过了一部《反间谍法案》（Espionage Act）。该法规定，战争期间，任何人“在美国陆军或海军中恶意煽动或试图煽动不服从、不忠诚、叛变或拒绝执勤”或“恶意阻碍美国的征兵或服役”，均构成犯罪。根据这一规定，数百人仅仅因言辞过激而被起诉。对于政府或战争的无伤大雅的批评也被认为是违反了《反间谍法案》。法官们指示陪审团，只要发现被告的言辞“不忠诚”即可治罪。

1919年3月，最高法院同时审结了三起涉及《反间谍法案》的案件——这三起案件的判决意见都被一致通过，都由霍姆斯法官撰写，并且三份判决意见都认定违反《反间谍法案》即构成犯罪。乍看起来，这样的案例绝少能给言论自由的信徒带来些许安慰。

第一个案例，申克诉合众国案（Schenck v. United States）。【申克案：参见Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)。】申克印发了大量传单，宣称征兵是对公民实行的一种奴隶制。不管私下里是否情愿，霍姆斯法官说，“……和帕特森诉科罗拉多案一样，第一修正案对

言论自由的保护不应局限于事先审查”是有充分理由的。在危急情形下，有些言论应当受到惩罚。“即使是对言论自由最严格的保护，也不会保护一个人在剧场谎叫失火从而引发恐慌。”他的这番分析成为了日后处理批评政府政策的言论非常著名、但未必公平的比喻。

随后，霍姆斯法官又提出了何种言论应受惩罚的判断标准。他说，“每一案件的关键所在，是要判断当事人所使用的言辞是否在特定情形下具有造成明显而即刻危险（a clear and present danger）的属性，判断这些言辞是否会造成国会有权阻止的恶劣后果。”这个意义含糊暧昧的原则历经后辈学者的反复推敲。若干年后，霍姆斯解释，“明显而即刻的危险”这一概念来自1881年他的《普通法》（The Common Law）一书中有关未遂犯罪的讨论。他接着说，如果某一犯意的“自然而明显的后果”将即时导致犯罪，则应受惩罚。【霍姆斯：《普通法》（布朗出版公司1881年版；哈佛大学贝尔纳普出版社1963年版；多佛尔出版公司1991年版）。】这样的思路似乎并未保护言论，事实上，大可确定霍姆斯也无意于此。它不利于申克的辩护人，当然也包括同期审理的其他两个案件：弗洛沃克诉合众国案（Forhwerk v. United States），【弗洛沃克案：参见Forhwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919)。】以及德布斯诉合众国案（Debs v. United Stated）。【德布斯案：参见Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919)。】

德布斯案的审理让人更清楚地看到对言论的惩罚范围有多广。被告尤金·维克多·德布斯（Eugene V. Debs）是著名的社会党领袖，曾经五次以该党领袖的身份参加总统竞选。【尤金·维克多·德布斯（Eugene V. Debs，1855-1926），美国劳工领袖，社会党“世界产业工人联合会”组织者之一，因发表共产主义题材的演讲而入狱。1921年，德布斯获总统特赦出狱，他在坐牢期间参加了总统竞选并获得约100万张选票，堪称美国工人运动历史上的奇迹。在出狱后，德布斯引用斯宾赛的话说：“只要有下层阶级，我就同俦；只要有犯罪成分，我就同流；只要狱底有游魂，我就不自由。”——译者注】他因在俄亥俄州卡顿发表的一次演讲而遭到指控。演讲的主题围绕共产主义，但在一开始，德布斯告诉听众他刚拜访了三名因为帮助他人拒绝履行征兵登记而被关押在附近监狱中的同志。霍姆斯在判决意见书中摘引了德布斯的

话，他说，这三个人“都是为了堂堂正正做人、为人类争取更好的生存处境而深陷囹圄的”。德布斯被判有罪，并被处以十年监禁。

在案件的审理过程中，霍姆斯摒弃了第一修正案的主张，声明他在申克案中的意见同样适用于本案。他说，有足够证据可以“指示陪审团”认定德布斯的反战阴谋是“如此明显，以致这一言论的自然和故意的后果就是阻碍征兵”。想一想后来美国在越南和伊拉克发动的战争，我们便不难发现，霍姆斯在德布斯案中给予言论自由的肯定多么微不足道。今天的反战言论远较德布斯的激烈得多，然而谁也没有仅仅因为说了几句话就被诉至公堂。德布斯在卡顿的演讲并没有真正危及征兵工作，而霍姆斯却坚决认为“明显而即刻的危险”原则（the clear and present danger test）是完全适用的，因为战时的潜在危害不可与平时同日而语，它的影响要严重得多。

就在八个月后，也就是1919年11月，最高法院审理了第四宗涉及《反间谍法案》的案件——艾布拉姆斯诉合众国案（Abrams v. United States）。【艾布拉姆斯案：参见Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)。有关艾布拉姆斯案的全记录；另见理查德·波兰伯格（Richard Polenberg）著《战斗的信仰：艾布拉姆斯案，最高法院与言论自由》（Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court and Free Speech），维京出版社1988年版。】四名从沙俄专制制度及大屠杀中逃出来的激进分子为了抗议威尔逊总统出兵苏俄的决定，站在纽约下东区一栋大楼的楼顶散发传单，号召发起一场大罢工来抵制总统的干涉政策。这四个人被控违反了国会在1918年通过的《反间谍法案》。该法规定，“散布、印刷、书写或发行任何对宪法、武装部队、军队制服以及国旗的不忠诚的、亵渎的、下流的或者辱骂性的言论”均构成犯罪。

尽管抗议者讨论的是对俄干涉问题，但起诉意见认为他们的传单意图妨碍美国的对德作战计划。四个人都被判有罪，其中三个被判二十年监禁，二十岁的小姑娘莫里·斯泰默（Mollie Steimer）则为十五年监禁。

最高法院维持了判决。不过，这一次，霍姆斯与另一位法官路易斯·布兰代斯（Louis D. Brandeis）在判决意见书中发表了反对意见。霍姆斯说，他并不怀疑此前三起涉及《反间谍法案》案件判决的正确

性，合众国有权“惩罚那些制造或者意图制造明显而即刻的危险、从而将引发迫在眉睫的危险后果的言论”。霍姆斯接着又说，他只是在进一步重申“明显而即刻的危险”原则，不过，这一次他增加了两个关键性的限定词：“迫在眉睫”（imminent）和“刻不容缓”（forthwith）。

霍姆斯写道，“没有人这样认为：仅仅一个无名小辈鬼鬼祟祟地发布了一份愚蠢的传单，就会造成任何迫在眉睫的危险，或者其言论就会阻止政府的军火生产……在本案中，被告因为散发了两种传单而被判二十年监禁。我相信，他们也可以印发美国宪法来捍卫他们可怜的权利——就像政府有权这样做一样。”在霍姆斯看来，这些传单“不过是卑微可怜、微不足道的小打小闹”，他说，即使查明这些传单真的违反了法律，那么，实施“最普通的惩罚”即可找回公正；除非被告的激进观点——用他的原话来说——“已经成了无知者和未成年人的信条”，然而，“在法庭上，甚至没有人事先想到过需要证实这一点”。

这是一份非常有力的反对意见。霍姆斯指出，仅仅出于战时的狂热行径可能导致士气瓦解这一顾虑便对出版物施以重治，这样的判决结果过于武断。然而，这一观点从何而来呢？霍姆斯始终否认他在艾布拉姆斯案中的意见与其在前三起涉及《反间谍法案》案件中所说的有什么差异。然而，两相对比，不仅判决结果，甚至审判逻辑都大不相同。如果按照艾布拉姆斯案的标准，德布斯不会因为说了几句鼓励在押同仁并且呼吁逃避征兵登记的话而遭受任何刑罚。

霍姆斯为何又是如何改变了他的看法，或者说至少修正了他所强调的最重要的观点？这个问题目前仍不能很确定。不过，线索也还是有的：其一，德布斯案的判决结果招致学者和评论家的广泛批评，而这些人大多曾是霍姆斯大法官的崇拜者。我们知道，霍姆斯至少读到过这些批评中的一则，因为他曾经专门给作者写了一封信——只是最后没有发出。

另一个可能的影响来自勒尼德·汉德（Learned Hand）。他是纽约州的联邦地区法官，后来供职于上诉法院，并成为全美最受尊敬的法官。1918年，汉德与霍姆斯在一列火车上相遇。很明显，他们讨论了言论自由的问题，因为两人随后就针对此类问题开始了通信往来。在关于激进杂志《群众》（The Masses）的案件处理上，汉德发表了强烈支持言论自由的意见。因为《群众》撰文攻击战争及征兵制度，当

时的邮政局长下令将这份杂志从投递目录中撤下来。杂志社遂起诉撤销令非法，这就是《群众》杂志社诉帕腾案（Masses Publishing Co. v. Patten）。【《群众》杂志社案：参见Masses Publishing Co. v. Patten, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917)。】负责审案的汉德法官认为，直接煽动“暴力反抗”的言论应当受到惩罚，但对于仅仅是批评政府政策的言论——无论委婉还是露骨，都不在此列。二者的区别在于，“对捍卫自由的坚定追求”。汉德补充道，在任何一个像我们这样的宪政国家，“意见的自由表达是权力的最终来源”。这无疑是有关政治合法性的卓越的有力的论断。【汉德的裁决被上诉法院推翻，但他的意见却流传甚广。】

汉德在德布斯案审结后，曾私下写信给霍姆斯。与他在《群众》杂志案中的观点一脉相承，汉德说，言论只有当“直接促成煽动”、构成非法时才应受到制裁。他进一步阐释说这与战时气氛密切相关。让陪审团来裁定文字是否具有造成某些恶劣后果的“倾向”，这是错误的做法；因为这样的话，案件的关键就变成了“受众何时变得兴奋”。霍姆斯回信称：“恐怕我很难赞同你的观点。”【汉德与霍姆斯的书信：参见杰拉尔德·冈瑟（Gerald Gunther）撰“勒尼德·汉德与现代第一修正案学说的起源”（Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History），载《斯坦福法律评论》第27卷第719页（1975）。】不过，事实似乎远非如此。

这一时期，对霍姆斯影响最大的，当属哈佛法学院的泽卡赖亚·查菲（Zechariah Chafee Jr.）教授发表于《哈佛法律评论》（Harvard Law Review）的一篇文章。查菲是主张言论自由的学者，他援引大量史实证明第一修正案对言论所给予的广泛保护，即便在危急的战争时期也是如此。查菲说，修正案的制定者们意图“清除普通法中的煽动性诽谤罪，并且使得从今往后想要起诉并未造成违法煽动的批评言论成为不可能”。【查菲：“战争时期的言论自由”（Freedom of Speech in War Time），载《哈佛法律评论》第32卷第932页（1919）。】

也许，不少人寄望查菲能在文中批评1919年3月审结的三起支持《反间谍法案》的判决。然而，恰恰相反，他相当赞赏霍姆斯的“明显而即刻的危险”原则，称其“可使那些针对仅有不良倾向的言论的惩罚得到遏制”。当然，他也明确表示，德布斯案的陪审团原本应当找出不法行为的“明显而即刻的危险”。

查菲这篇题为“战争时期的言论自由”的文章发表在1919年6月号的《哈佛法律评论》。或许没有比这更好的时机了，霍姆斯恰好在那年夏天读到了它。数年以后，他在给查菲的一封信中说，这篇文章对第一修正案的历史发展所进行的梳理使他“受益匪浅”。【霍姆斯写给查菲的信：参见大卫·拉班（David M. Rabban）撰“现代第一修正案学说的出现”（The Emergence of Modern First Amendment Doctrine），载《芝加哥大学法律评论》第50卷第1205、1265-1266页（1983）。】不过，如果要把霍姆斯的思想转变完全归功于这样或者那样的影响，那就大错特错了。他是一位出色的读者，常能在一天之内读完一本书，并且还能阅读多种语言写成的书。

在着手撰写艾布拉姆斯案的反对意见时，霍姆斯依靠的是自己深邃的思辨能力。他并没有止步于前人所述，而是继续用文字永远地改变了美国人对于自由的理解：

*在我看来，对于意见表达的迫害自有其逻辑。如果你对自己的信仰和能力深信不疑，并且一心想要得出某一确定的结论，你自然就会依照法律表达你的愿望，同时会将所有的反对声音清除殆尽……*

*但是，当人们意识到，时间已经颠覆了许多挑战性的信念，他们可能逐渐相信、甚至越来越确信自己行为的基础，这一基础就是：所希望达至的最终的善好应该通过思想的自由交流来实现，对真理的最好的检验是在市场竞争中让思想本身的力量为人们所接受，真理是人们能够安全实现其愿望的惟一基础。*

*无论如何，这就是美国联邦宪法的理论。这是一场实验，正如所有生活都是一场实验……当这一实验成为美国制度的组成部分时，我们就应当警惕，防止试图钳制我们所痛恨的并确信是罪该万死的言论，除非这些言论如此迫在眉睫地威胁到立即扰乱法律的合法的和迫切的目的，以致需要立即限制这些言论才能挽救国家……*

*只有紧急情况使放纵罪恶意图成为迫在眉睫的危险，才能对“国会不得立法限制言论自由”这一全面禁令作出正当的例外。当然，我在这里所谈的仅仅是意见的表达、演讲和布道，这些现在都可以自由传布了。不过，我很遗憾不能为我所信仰的写下更多、更有说服力的*

*文字，以改变其他法官作出的剥夺被告受联邦宪法保护的权利的有罪判决。*

无论此前还是此后，都不曾有其他法官写下过这样的句子："这是一场实验，正如所有生活都是一场实验"或者"我们所痛恨的并确信是罪该万死的言论"。霍姆斯是我们所知的最接近于诗人的一位法官。

关于霍姆斯在艾布拉姆斯案的审理中发表反对意见，这中间也有一段小插曲。直到1965年，前国务卿迪安·艾奇逊（Dean Acheson）才在他的回忆录《清晨与正午》（Morning and Noon）中披露了这段鲜为人知的故事。1920年，艾奇逊是最高法院布兰代斯法官的法务秘书，而他的朋友斯坦利·莫里森（Stanley Morrison）则在一年前，也就是审理艾布拉姆斯案件期间，担任霍姆斯法官的助手。莫里森告诉他，在判决结果宣布以前，其他三位法官建议霍姆斯把他的夫人也一同邀请到场。艾奇逊写道：

*他们向他提出了共同的要求：在这一案件中，他们更多考虑的是国家安全，而他也应该像一名老兵那样，在这一时刻，抛弃军衔、超越个人偏好。霍姆斯夫人同意了这一请求。讨论的气氛自始至终显得非常友好，甚至令人感动。但大法官最后还是遗憾地表示他不能如他们所愿的那祥做。而他们也不再施压。最终，幸运的是，这份为思想和言论自由而不懈力争的极富感染力的论述被保留了下来。【艾奇逊：《清晨与正午》（Morning and Noon），霍顿·米夫林出版公司1965年版，第40页。】*

霍姆斯在国内战争时期曾是一名联邦士兵，也曾经三次英勇负伤。直到去世，霍姆斯的联邦军服依然整齐地挂在他的衣橱里。同事和妻子都要求他拿出爱国主义精神顾全大局，但大法官并没有屈服。他不仅以自己的文字，而且通过自己的行动表达了反对意见——这正是他所捍卫的"异议的合法性"的绝佳象征。

霍姆斯和布兰代斯两位法官汇聚了其后十年间言论自由案件中反对意见的激流。他们组成了一对引人注目的搭档，不只因为其卓绝的智识，而且包括各自大相径庭的生活方式。霍姆斯乃波士顿名士，女人与酒的爱好者。而布兰代斯则是最高法院第一位犹太人成员，更像一位滴酒不沾的清教徒。在哈佛法学院拿到优异的成绩单后，布兰代

斯又在私人法律实务方面取得了辉煌战绩；同时，他还为涉及社会公益的法律工作贡献良多。布兰代斯是一位社会改良主义者，而霍姆斯则相信这些努力徒劳无益。不过，他们的认识在有一点上是共通的，那就是：他们都希望在政府实验的过程中，多出台最大工时法（maximum hours laws）这样的改革措施，以便当法院认定经济改革的法律违宪时，他们可以援引该法作为反对的依据。1919年，霍姆斯完成了他司法观点的转型，言论自由成为热议话题，两位法官并没有对当时的法律惟命是从。

随后的20世纪20年代，言论自由的呼声在法庭上日渐沉寂。只有一次值得纪念的胜利，那就是吉特洛诉纽约案（Gitlow v. New York）。【吉特洛案：Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)。】本杰明·吉特洛（Benjamin Gitlow）因为在其发表的文章中号召“无产阶级的革命专政”而被判违反纽约州法，吉特洛不服有罪判决将纽约州诉至法庭。最高法院维持了原判，霍姆斯和布兰代斯联名在附议中发表了反对意见。这是多数法官第一次表示第十四修正案可以将第一修正案条款适用于各州。自此以后，最高法院的言论自由案件亦可涉及州政府的压制。

用查尔斯·埃文斯·休斯（Charles Evans Hughes）的话来说，反对意见是对“法律的反省意识”的呼唤。【休斯的观点：引自查尔斯·埃文斯·休斯著《美国联邦最高法院》（The Supreme Court of the United States），1928年版，第68页。】换言之，两位法官是在呼吁未来的法院能够认真反思这些判决结果。事实上，反省几乎很少发生。不过，霍姆斯和布兰代斯在1919年至1929年间的反对意见却及时地颠覆了以往对第一修正案保护范围的陈旧而褊狭的理解。这是意义深远的改变，一场实实在在的法律革命。同时，它也显示了文字的力量如何改变人心。霍姆斯和布兰代斯在最高法院的9票决定中只能占2票。然而，他们的意见却如此鲜明、如此具有说服力，乃至改变了整个国家和法院的态度。

在这十年间，有三派意见影响甚为深远。第一是霍姆斯在艾布拉姆斯案（1919年）中的异议。第二则来自1927年的艾妮塔·惠特尼案（Whitney v. California）。惠特尼出身望族，她的家人曾帮助组建过加利福尼亚的社会劳工党。她本人是一个激进组织的骨干，该组织曾

主张“犯罪工联主义”（criminal syndicalism），她因此而被判有罪并在圣昆汀监狱服刑一到十四年。在惠特尼诉加利福尼亚案（1927年）中，布兰代斯与霍姆斯写下了被认为是有关言论自由案最伟大的司法判词，节录如下：

*……那些为我们争得独立的先辈们相信，幸福源于自由，自由来自勇气。他们确信思想自由和言论自由是发现和传播政治真理不可缺少的手段；没有言论自由和集会讨论，就做不到这一点；有了言论自由和集会讨论，才能抵制有害思想的传播。对自由的最大威胁是那些懒惰的人。公共讨论是一项政治责任，也应该是美国政府的根本原则。先辈们认识到，所有人类组织都会面临种种威胁。但他们明白，一个有序的社会不能仅仅依靠人们对惩罚的恐惧和鸦雀无声来维系。不鼓励思想、希望和想象才是真正危险的。恐惧滋生镇压，镇压滋生仇恨，仇恨将威胁政府的稳定……理性的力量通过公共讨论才能产生，才能被信仰；而唯有这种力量，方能打破由法律这种最为激烈的强制命令所造成的沉默。先贤们意识到，多数人的统治有时会带来暴政，于是修改联邦宪法以保障言论和集会自由。*

*仅仅因为担心受到严重的损害，并不能证明压制言论和集会自由的正当性。（这种行径犹如）人们害怕巫婆而烧死妇女……【惠特尼案：Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1972)。布兰代斯的观点从第374页开始。】*

布兰代斯的意见并不代表法律，但它的确拯救了艾妮塔·惠特尼。就在最高法院驳回了惠特尼的上诉一个月后，加利福尼亚州州长扬（C.C. Young）宣布了对她的特赦令，特赦令中长篇援引布兰代斯的附议。【在艾布拉姆斯案中败诉的四位激进人士的命运则完全不同。他们在1921年被释放。条件是必须离开美国去往苏联。莫里·斯泰默和雅各布·艾布拉姆斯在苏联备受政治迫害、随后移居墨西哥。海曼·拉科维斯基（Hyman Lachowsky）和塞缪尔·李普曼（Samuel Lipman）继续留在苏维埃共和国，最终分别死于苏联的政治清洗和纳粹的恐怖统治。】

在这十年间，第三份著名的反对意见来自1929年审结的合众国诉施维默案（United States v. Schwimmer）。【施维默案：United States v. Schwimmer, 279 U.S. (1929)。】罗斯卡·施维默（Rosika

Schwimmer）是正在申请公民权的匈牙利移民，也是一位和平主义者。按照当时的规定，她被要求宣誓拿起武器保卫美国——而这正是一个和平主义者所反对的。施维默拒绝这样做，同样也被拒绝给予公民权。最高法院判决支持政府的决定。霍姆斯法官时年已88岁高龄，他在意见中指出，施维默拒绝发誓是无关宏旨的，“因为她已经是个五十多岁的老太太了，就算她真愿意扛枪赴戎也没有这个能力”。霍姆斯说，他并不赞同施维默的和平主义，也不认为“按照和平主义的世界观，只要战争就是荒谬的”。法官这样总结自己的观点：

*她的某些回答或许会激起普遍的偏见，但是，如果宪法中存在一条相对来说更应引起我们关注的原则的话，那么，它就非思想自由原则莫属。——不是为与我们意见一致的人的思想自由，而是为那些我们所痛恨的思想的自由。我们应该坚持这条在这个国家里已经适用或者即将适用于每个人的原则。今天再回头来审视将这位申请人拒之门外的理由，我想说，即使贵格会教友也应该在国家建设中分享他们的份额，因为许多公民都赞同他们的信仰；我从未想过我们会为无力驱逐他们而感到遗憾，因为他们比我们更加相信登山宝训的教义。*

我在这一段话旁边记下了第一次读到它时的感受。大约在I960年前后，我一直在最高法院负责报道沙利文案。那一天，我正和弗利克斯·法兰克福特（Felix Frankfurter）法官在他的办公室谈话。突然间，法兰克福特法官站起身来，急匆匆穿过房间，走到他存放《最高法院司法意见汇编》（United States Reports, the volumes of Supreme Count opinions）的书架前。他从架子上抽出一份报告，打开来，指给我看。这正是霍姆斯在施维默案中所撰写的附议。当我把目光移向最后一段末尾，停留在“登山宝训”那几个字上时，不由感到后背袭来一阵寒意。

# 4　定义自由

1931年，最高法院的多数法官开始将言论自由的宪法保护条款适用于斯特龙伯格诉加利福尼亚案（Stromberg v. California）。【斯特龙伯格案：Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)。】当时的加利福尼亚州法禁止展示红旗，并将其视为“反对现行政府的标志、象征和符号”。最高法院认为该法案违反宪法，这是首次以第一修正案的名义作出这样的裁定。首席大法官查尔斯·休斯——他是在一年前进入最高法院的——为这个7票对2票的多数决撰写了法庭意见。他写道，“为了人民的意愿，政府有责任始终保证公众自由参与公共讨论；如有任何改变，须经合法手段实现之。这是美国宪政制度的一条基本原则。”这一论断并非照搬霍姆斯或者布兰代斯反对意见，但它的确从前者奠定的理论中受到了启发：言论自由乃是美国的基本价值，为了阻止某些隐约的和遥远的不良倾向（some dim and distant bad tendency）而采取的压制得不到任何宽容。

一旦最高法院开始着手实施第一修正案，它便面临了一个新任务：透过一个又一个案例来定义修正案的准确涵义。或许这听上去很简单，还有什么能比这一条款规定得更直截了当的呢？——“国会不得制定法律……限制言论或出版自由……”然而，事实上，要界定这十四个字的具体含义却是一项令人生畏、无休无止的工作。

修正案的用语听上去似乎无所不包，但它真的就意味着法律从此对任何口头的或者书面的表达无所作为了吗？答案似乎很少如此。勒索是通过口头或者文字的方式实施的，但是第一修正案绝不保护勒索者，包括那些如果要求得不到满足便以暴力相威胁的抢劫犯。第一修正案也不是出版未经授权的盗版作品的护身符。

相反，第一修正案被解释为保护某些非言论性表达行为（some actions that are not literally spoken or printed）。斯特龙伯格案便是如此。耶塔·斯特龙伯格（Yetta Stromberg）没有使用文字，她被卷入官司是因为升起了一面红旗。最高法院认为该行为的性质属象征性言论，这是一长串保护表达行为案件的开始。一个著名的例子是最高法院在第一修正案的背景下推翻了1989年得克萨斯诉约翰逊案（Texas v.

Johnson）的判决结果，原判认定在政治示威活动中焚烧美国国旗的行为有罪。【焚烧国旗案：Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)。】

那么，法官是如何解释第一修正案的？其中一条重要途径就是看看第一修正案的起草人詹姆斯·麦迪逊和1791年的投票者们认为他们正在做什么。毕竟，是他们在立法禁止国会“限制言论自由……”（abridging the freedom of speech...）。这里所使用的“the”，可以用以理解他们如何界定言论自由概念的外延。

通过这条途径来解释第一修正案，很可能会产生麻烦，那就是，我们不能完全确知修正案的立法者们心里究竟在想什么。就我们所知，国会审议期间并没有给出自由的定义，同时，我们也不可能得到大多数投票批准修正案的州立法者们在此问题上的确切看法。

明显的事实是那些留给我们第一修正案的先辈们并没有同时提供一份它该如何适用的详细手册——并且似乎他们也没打算这么做。他们用心良苦地写下了一条宽泛的修正案——用霍姆斯法官在艾布拉姆斯案附议中的措辞，这是一条“全面禁令”（a sweeping command），要求后人将它对于自由的广泛支持适用到各种具体情形中去。

1920年，霍姆斯本人也曾发表了一段经典评论，认为试图通过考察1791年或1787年来寻求宪法答案的做法是毫无意义的。他写道：“我们努力解读第一修正案的文字，这实际上也就是一种重新立法的行为（a constituent act）——（这种情形）和解读联邦宪法一样。我们必须意识到，他们已经创造出了一个生命体，这一生命体的发展并不能完全为那些天才的‘宪法之父’（its begetters）所预见……摆在我们面前的案件必须要按照我们所有的经验来加以判断，而不是仅仅根据一百年前怎么说就怎么办。”【霍姆斯：Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920)。】

大法官休斯也在1934年谈论过同样的议题：“如果说宪法在其通过时意味着什么，那么它今天就意味着什么，那就等于是将宪法的伟大条款局限于立宪者们在他们那个时代和情况下加诸宪法的解释。这样的说法本身就自相矛盾。”【休斯：Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 442-43 (1934)。】

休斯写下这段话的五十年后，兴起了一场法律运动，而这场运动所采取的立场正是当年休斯认为明显错误的。运动的支持者中包括法官、教授，他们被称为“原意主义者”（Originalists）——因为该派倡导给出宪法条文的“原初含义"（original meaning）。原意主义者主张：在各种可能解释的汪洋大海中，惟一能够使法官避免根据其个人偏好来理解宪法语言的路线就是去考察制宪者的意图。最高法院法官安东宁·斯卡利亚（Antonin Scalia）是其中最负盛名的“原意主义者”，他和其他人在探寻某一宪法条文的原意时陷入了困境，因为该条文的起草者和支持者从未表达过任何相关的意图。事实上，他们甚至根本不曾想到过会出现今天所讨论的问题。斯卡利亚法官是言论自由的坚决拥护者，他就常常直接适用第一修正案，而并不顾及其原意；举例而言，在认定反焚烧国旗法违宪的案件中即是如此。

雨果·布莱克（Hugo L. Black）法官在最高法院长期任职（1937-1971），并致力于表达自由的保护，他因开创了一条限制法官解释裁量权的独特路径而著称。按照布莱克的说法，他将第一修正案理解为一条“绝对”禁止对表达施以任何官方限制的法令。不过，遇有必要时，布莱克也会支持限制；他举例说，如在不恰当的地点发表不恰当的言论或者事实上并非言论。在科恩诉加利福尼亚案（Cohen v. California）中，一名反对越战的抗议者身穿一件印有"Fuck the Draft”字样的夹克而被惩罚。最高法院认为该名抗议者应受第一修正案保护，而布莱克法官却提出异议，称这是“荒唐幼稚的哗众取宠之举……更像行为而非言论”。【布莱克的异议：Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971)。】

在修正案适用的数十年间，一个贯穿始终的重要议题是它应否给予错误言论以任何保护。早先的案件大多涉及信仰与立场，——如霍姆斯在艾布拉姆斯案附议中所言，“意见的表达与布道”这些问题是无法判断真假的。然而，那些有关事实的陈述呢？如果它们含有虚假成分，是否有资格得到宪法保护？

1925年，明尼苏达州立法机构决定查禁经常攻击立法委员及其他公职人员的扬丑小报，他们通过了一部名字相当古怪的《消除妨害公共安宁法》（Public Nuisance Law），责成法院督察、取缔任何“恶毒的、诋毁的、诽谤的报纸”。法案允许报纸举证其所述属实来为自己辩

护，但同时还必须证明发表的“动机良善，目的正当”。这样的限制实际上取消了真实性辩护，允许法官对出版商进行道德评价。

1927年，一份名为《星期六新闻》（Saturday Press）的周报成了新法的靶子。《星期六新闻》的创办人尼尔是一名狂热的反犹太分子。他的报纸连续曝光了犹太团伙与官员相勾结、腐蚀政府的内幕。《星期六新闻》刚出到第九期，就被法院的一纸禁令取缔了。尼尔不服，诉至明尼苏达州最高法院。【尼尔案：Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)。】法庭维持了原判，称“美国宪法从不打算保护那些怀有不良动机或者缺乏正当目的的恶意言论、不实之词和丑化污蔑。它是诚实的、负责的且有良知的媒体的庇护所”。

毫无疑问，明尼苏达州的各家报社无一不认为自己是诚实、负责和有良知的，它们对杰伊·尼尔（Jay Near）的遭遇全无兴趣。然而，《芝加哥论坛》（Chicago Tribune）的老总、火爆脾气的保守主义出版商罗伯特·麦考密克（Robert Rutherford McCormick）却认为，这种由法官来决定谁是“好出版商”的权力只会掏空媒体自由，他决定资助尼尔。于是，他的律师韦茅斯·柯克兰（Weymouth Kirkland）把这个案子打到了美国最高法院。

明尼苏达州助理司法部长詹姆斯·马卡姆（James E. Markham）在尼尔案中代表州政府出庭，他本来寄望于布兰代斯法官的帮助——因为尼尔的反犹太主义。但是，布兰代斯法庭在搜集、阅读了九期《星期六新闻》之后，告诉马卡姆，尼尔是在尽力揭露“犯罪与官员之间的联系”；同时，布兰代斯还补充了一句，“这样的犯罪共谋，正是我们城市的耻辱”。此外，他又说，至于报纸揭弊可能伴生的诽谤，如果报道有误，则应在事后以诽谤罪追究之。

最高法院的态度至此已表露无遗。最终，以5票对4票的微弱优势，法庭判决封杀《星期六新闻》的行为违反了第一修正案及第十四修正案。这是出版自由史上的一个转折点。

首席大法官休斯代表大多数法官撰写了法庭意见，称对尼尔的禁令实际属于布莱克斯通所反对的事先限制。他在意见中援引了麦迪逊倡导出版自由的论点：“共同犯罪和官方的忽视造成对生命和财产等基本安全的损害，这就产生了对敏锐而无畏的媒体的需要——尤其是在

大城市里。”罗伯特·麦考密克后来将这句警言刻在了他的新办公楼、芝加哥论坛大厦的门廊上。

法官皮尔斯·巴特勒（Pierce Butler）则代表另外三位异议者发表了反对意见，他从早年间德高望重的大法官约瑟夫·斯托里（Joseph Story）关于宪法的商讨中找到依据。斯托里说，第一修正案仅仅意味着“每个人在出版真实的、怀有良善动机和为了公正目的的文字时是自由的”，——而这一系列前提条件正是明尼苏达州法反复强调的。斯托里接着又说，“没有了这些限制”，修正案“很可能会成为公众的祸患……因为媒体以最坏的方式引入专制、制造恐怖，使得最有德行的爱国者也蒙羞受辱”。纵观当代对于媒体的批评，恐怕很难有比斯托里提醒注意媒体的“专制”和“恐怖”更为深刻的了。

我从一本精彩的著作——《明尼苏达报界》（Minnesota Rag）中获得了对尼尔案的独特认识。【弗兰德利：《明尼苏达报界》（Minnesota Rag），兰登书屋1981年版；Vintage出版公司1982年版。】该书作者弗雷德·弗兰德利（Fred Friendly）是哥伦比亚广播公司（CBS）的执行总裁、爱德华·默罗（Edward R. Murrow）的同事，后来成为福特基金会的副主席。在这本书中，弗兰德利以他的亲身见闻给尼尔诉明尼苏达州案续上了一段令人难忘的结束曲。某日午餐时间，地点在福特基金会，弗兰德利谈到他正在着手撰写的这本书。基金会的一位理事欧文·夏皮罗（Irving Shapiro）——后来任杜邦集团的首席执行官，走过来跟他说，他认识杰伊·尼尔。这句话让弗兰德利感到惊奇不已。原来，夏皮罗的父亲曾在明尼阿波里斯经营一家干洗店。一天，一伙匪徒突然闯入，逼索保护费。夏皮罗先生坚不屈服，这帮匪徒竟然掏出化学酸剂喷洒店里挂着的衣物。当时的欧文还是个小男孩，他躲在店铺后面目睹了这一切。本地报纸全都缄口不语，然而，尼尔出现了，他曝光了这一事件，暴徒被绳之以法。这就是弗雷德·弗兰德利所讲的故事。【欧文·夏皮罗的故事：同上，第40-42、57-58页。】

尼尔诉明尼苏达案成为美国出版自由史上的一座里程碑。因为有了本案的判决，要想劝说法官发布对媒体的事先禁令变得相当困难，这与英国的情形形成了鲜明对比。在英国，只要有人断言会受到某出版物的诽谤，法院便会依照惯例发布禁令以阻止该书的出版。

就在尼尔判决生效五年后，持异议的法官开始放弃他们的反对意见。擅长玩弄权术的路易斯安那州州长休伊·朗（Huey Long）决定对报纸加征特别“新闻税”，用以惩罚批评他的媒体。在格罗斯让诉美国媒体公司案（Grosjean v. American Press Co.）中，最高法院一致认定此举违宪，乔治·萨瑟兰（George Sutherland）法官撰写了法庭意见。【格罗斯让案：Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233 (1936)。】在1931年尼尔案的审理中，他曾是四名保守主义的异议法官之一，而这一回，他却在法庭意见中援引了尼尔案的判决意见。法庭意见的焦点集中于媒体的信息传播功能，这也是布兰代斯在尼尔案的评论以及大法官休斯在其司法意见中反复指明的。萨瑟兰写道，人民有权“获得政府作为或者不当作为的全部信息，公共意见的交流与传播乃是遏制政治腐败的最有力途径”。

休斯在尼尔案的司法意见中，并没有排除所有事先限制。他说，没人怀疑，当局有权阻止“军队出发日期、人数和驻地”等信息的发布。四十年后，这一被称之为“尼尔例外”（Near exception）的规则成了“五角大楼文件案”众多尖锐冲突的症结所在。1971年6月，《纽约时报》开始陆续披露来自越南战争官方机密中的一些绝密文件。当时战争尚在进行。理查德·尼克松总统认为《纽约时报》的披露威胁了国家安全。法院签发临时禁令，要求《纽约时报》立即停止继续发表该系列文章。法官和律师们就报纸所披露的机密是否属于休斯所定义的“军队的出发日期”展开了激烈争论。

就在受理《纽约时报》诉合众国案（New York Times v. United States）仅仅两周后，最高法院便以6票对3票的判决结果确认《纽约时报》及其他报纸可继续登载五角大楼文件。【五角大楼文件案：New York Times v. United States, 403 U.S. 713 (1971)。布莱克法官的司法意见在第717页。】最高法院前前后后共发表了十种不同意见及其相关论据。其中最强有力的、当然毫无疑问也是最有生命力的意见来自布莱克法官，这是他于当年夏天病逝前所发表的最后一次意见。布莱克法官写道：

*新闻界受到（第一修正案）保护，这样他们才能曝光政府的秘密并告知人民。惟有自由和不受限制的新闻才能有效地揭露政府管理中的黑幕。在自由媒体承担的所有责任中，最重要的一项职责就是防止*

*政府机构欺骗人民——把他们送到遥远他乡，让他们死于外邦的高热病或者流弹。在我看来，《纽约时报》、《华盛顿邮报》等报纸非但不能因其勇敢的报道受谴责，反而应该受到赞扬，赞扬它们履践了立国先贤们的宗旨。在揭露政府发动越南战争的决策时，新闻界的所作所为正是立国先贤希望和托付它们做的。*

尼尔案判决解放了发表危险言论的作者，他们不再需要在付梓出版前去证明所述属实。除了极少且极端的例外，法官们一律驳回那些未经审查出版物性质即实施事先限制的禁令。然而，如果发表谤性言论又该如何处理呢？如果新闻报道涉嫌攻击了某人或者某个部门，这样的报道是否需要作者或者出版商证明属实？这一问题在1964年的《纽约时报》诉沙利文案（New York Times v. Sullivan）中找到了答案。《纽约时报》诉沙利文案堪称第一修正案判决中最富戏剧性、同时也是影响最为深远的案例之一。

本案发生在美国南部民权运动时期。民权运动领袖马丁·路德·金（Martin Luther King）相信，如果能够将种族歧视的残酷现实公之于众，北方民众会抵制种族隔离与种族歧视，他深受甘地（Mahatma Gandhi）的非暴力思想影响，策划反对种族主义的和平示威，并以此警示美国人：大多数民众对种族歧视这一残酷现实知之甚少。各种媒体——报纸、杂志和广播在这一过程中发挥了关键作用，它们将这个国家真实的民权状况呈现给了全国民众。

1960年3月29日，《纽约时报》登载了金的支持者们策划的政治宣传广告。【马丁·路德·金的广告：New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)。】之所以选择这个日期刊出广告，因为六年前的这一天，最高法院就布朗诉教育委员会案作出判决，认定在南方学校包括公立大学内实行种族隔离违反宪法。然而，在相当数量的州，参加选举投票的黑人遭到各种威胁，有的甚至遭到凶残的谋杀。

广告指责南方的种族主义官员们正采取种种非法手段破坏民权运动，比如他们曾七次以莫须有的罪名逮捕金博士，并且虐待示威人士。广告没有指名道姓，但是要求“南方的违宪者”对此负责。亚拉巴马州蒙哥马利市的市政专员沙利文（L.B. Sullivan）起诉《纽约时报》犯有诽谤罪。他声称自己很容易被对号入座、归于“违宪者”之列，因为是他在负责蒙哥马利市警局，并且广告也一再指责该警局滥用职

权。【出生于亚拉巴马的布莱克法官说，根据他的经验，如果蒙哥马利的白人居民恰好看到这则宣传广告，他们多半会把它和市政专员沙利文联系起来，沙氏的“政治、社会和经济声望”似乎正“如日中天”。】

当时的南方，白人对黑人的敌意相当浓厚。《纽约时报》从纽约聘请的诽谤案律师被告知必须使用化名呆在离蒙哥马利40英里外的一家汽车旅馆里。

亚拉巴马州法院对本案进行了初审。主审法官沃尔特·琼斯（Walter B. Jones）是南部邦联（the Confederacy）的忠实拥趸。恰逢邦联成立纪念日，琼斯在他的审判室内身着邦联军队制服招呼陪审员们就座。琼斯法官裁定《纽约时报》的诽谤罪成立，同时，给陪审团留下了两个问题：广告是否指向沙利文？如果是，那么将会给他造成多大伤害？陪审团支持沙利文提出的50万美元赔偿要求，这个数目是亚拉巴马有史以来诽谤诉讼案件的最高赔偿金额。

根据亚拉巴马州法，所有涉嫌诽谤的出版物都被推定是虚假的，证明所述属实的责任由出版商承担。举证责任是一个关键因素，众所周知，证明所述属实往往是相当困难的任务。由出版商承担举证责任是普通法规定的诽谤案所适用的规则，该规则直到今天依然保留在英国法中，——这也是为什么英国报纸在卷入诽谤官司后经常放弃或者寻求和解的原因。在沙利文案时代，不仅是亚拉巴马，相当多数的州都有这样的法律规定。

当然，在亚拉巴马及其他州，诽谤案的另一传统规则是“推定损害存在"（damage was presumed）。原告只要能在民事案件中证明有相关损害存在，比如医疗事故等，即可提起赔偿要求；无须证明其对职业存在实际的损害。换言之，在诽谤案中，只需显示被指控的出版物致使原告名誉受损即可。

诽谤案的第三条规则是“推定出版商有错”。在其他损害赔偿案中，比方说，原告必须证明医生疏于遵守操作规程而玩忽职守。而在诽谤案中，普通法规定，出版机构发行出版物无论是因为疏忽大意还是出于其他任何原因都不影响罪名的成立。甚至，哪怕他已经尽了最大努力去求证，但如若不能得到最后真相也需同样付出代价。律师界

将以上规则戏称为反诽谤法的“快三步推定”（three galloping presumptions）。

《纽约时报》没能满足证明广告在所有客观方面完全属实的要求，它承认广告内容存在一些不实之处：举例而言，金博士被捕的次数是四次，而非七次；黑人学生集会的大学餐厅也没有被锁死——并非如广告中所说的那样。由此，正如琼斯法官认为的那样，按照亚拉巴马州法，这则广告构成诽谤。

50万美元的损害赔偿对于《纽约时报》来说无疑是一个沉重打击。要知道，在整个20世纪60年代，该报几乎没有赢利。屋漏偏遭连夜雨，蒙哥马利的其他市政专员以及亚拉巴马州州长约翰·帕特森（John Patterson）也先后对这则广告提起了诽谤诉讼，其中一名专员很快从陪审团那里拿到了50万美元的赔偿判决。这样算起来，《纽约时报》可能将支付300万美元的赔偿金——该报总顾问詹姆斯·古德尔（James Goodale）后来讲，这个数目足以让《纽约时报》彻底破产。然而，比《纽约时报》面临的财政难题更棘手的是，该判决对于民权运动造成的冲击。沙利文案引发的法律风险不仅使《纽约时报》而且使国内所有报道民权运动的媒体信心大挫。事实上，政府官员们当初提起诽谤诉讼时，很可能内心就抱定这样的目的。沙利文的朋友格罗弗·霍尔（Grover C. Hall）掌管的《蒙哥马利广告人》（Montgomery Advertiser）在头版头条报道了此案，“本州借重严厉的司法机构震慑州境外媒体”。这一案件打乱了金博士发起的全国性反种族主义运动的部署。从最根本的一点来看，它直接威胁了第一修正案对信息传播的保护。

《纽约时报》把官司一直打到了最高法院。以现在的眼光来看，这应该是个很容易扳回的案子：一个影响广泛、近乎威胁性的诽谤判决，而诽谤受害者的名字在广告中根本不曾出现。不过，要想赢回本案在当时却相当困难，甚至完全没有可能。诽谤一直被排除在第一修正案的保护之外，此前从没有人认为诽谤判决侵犯了对于言论和出版自由的保障。

《纽约时报》的辩护律师、哥伦比亚法学院教授赫伯特·韦克斯勒（Herbert Wechsler）面临重大挑战。他不得不请求法官们去做他们最不愿做的事情：推翻法律史上长久不变的传统。韦克斯勒决定掀开尘

封的历史来警示现实：1798年《反煽动叛乱法案》的记录。韦氏认为，本案中适用的亚拉巴马州法压制批评政府官员的言论，这与当年的《反煽动叛乱法案》并无二致。他又说，虽然《反煽动叛乱法案》并没有在最高法院受到质疑；但实际上，选民们在1800年总统大选中拒绝亚当斯，而接纳《反煽动叛乱法案》的批评者托马斯·杰斐逊，已经用行动无声地证明了该法案的违宪性。

韦克斯勒主张，不应对批评政府官员的言论进行真实性审查。他说，如果主张报道有误即构成诽谤，这样的裁定将会严重遏制媒体和公民个人发表批评意见，因为他们唯恐自己哪里出错。他向法庭呈词说，“现在的时代不会、将来的时代更不会认为，宪法所昭示的价值在于强迫媒体减少它对国家所面临的紧急事件的关注。”

在庭审辩论阶段，威廉·布伦南（William J. Brennan）法官问韦克斯勒，第一修正案对于批评政府的言论能否设置“哪怕任何一丁点限制”？换言之，他是否认为类似的批评享有绝对特权？韦克斯勒的回答很坚决，“詹姆斯·麦迪逊给了我诸多教益，我从他那里知道不得对批评言论设置任何限制。”波特·斯图尔特（Potter Stewart）法官又问，如果报纸攻击某一官员收受贿赂，他是否还会得出同样的结论？韦克斯勒同样给出了确定的回答，“麦迪逊起草第一修正案的时代，揭露政治腐败是很常见的，因此，它当然属于麦迪逊所认为的第一修正案言论自由的类型。”

布伦南法官在1964年3月9日提交了法庭意见。这是《纽约时报》的决定性胜利，它完全肯定了言论与出版自由的价值。布伦南法官旁征博引，意见书中接连出现麦迪逊、汉德和布兰代斯等人的名字。布伦南吸收了他们的宪法思想，写道：“由此，我们认为本案违背了国家既已普遍确认的基本原则，那就是对公共事务的讨论应该不受阻碍、富有活力和广泛公开，这些讨论包括对政府和公职人员激烈、苛刻，有时甚至是令人不快的尖锐抨击。”

布伦南法官把1798年《反煽动叛乱法案》作为分析的核心。他说，与这部法律相对应，“第一次形成了关于第一修正案精髓的全国共识”，那就是批评麦迪逊所称的“公众人物和公共事务”的权利。布伦南说，“尽管《反煽动叛乱法案》从未受到最高法院的审查，但在历史的

法庭上，对其有效性的批评一直延续至今。”至此，《反煽动叛乱法案》在自动失效163年后被宣布违宪。

仅仅使诽谤案被告免于承担证明其所述属实的责任还不够，布伦南法官说：“就算读者相信批评官方行为的言论是真的，或者事实上它也的确是真的，也未必能够保证这些言论的发表不受干扰，因为被告能否在法庭上向法官证明这一点还是个问题，并且他们也会担心这样做需要承担的费用。”这一说法与约翰·尼古拉斯在众议院所做的关于1798年《反煽动叛乱法案》的演说如出一辙。

不过，布伦南法官也不是对麦迪逊、韦克斯勒的理论照单全收，他并没有说第一修正案赋予批评官员的绝对特权。实际上，布伦南认为，政府官员们不能从他人对其官方行为的批评中获得诽谤损害赔偿，除非他们能证明被告明知其损害性表述虚假而故意说谎，抑或“全然不顾"（reckless disregard）其真假与否而鲁莽行事。后来的案件表明，所谓“全然不顾”意味着作者或者出版商知晓其表述很可能就是虚假的。

最高法院有六位法官在《纽约时报》诉沙利文案中形成了共同决议。其中三位法官——布莱克、威廉·道格拉斯（William O. Douglas）及阿瑟·戈德堡（Arthur Goldberg）——一致认为他们本来还可以走得更远，不允许将任何批评政府官员官方行为的言论定为诽谤。评论界非常好奇为什么布伦南法官没有加入他们的行列。在审理沙利文案前不久，刚发生了麦卡锡事件。参议员约瑟夫·麦卡锡（Joseph McCarthy）在演说中大肆煽动，攻击所谓共产分子或变节分子，如刚下台的国务卿乔治·马歇尔（George C. Marshall）将军。布伦南法官从未提及过麦卡锡事件，不过就在沙利文案后，他曾在一次演讲中谈道：

*正如我们今日的情形一样，第一修正案通过的时期，同样不乏有人足够肆无忌惮、也足够经验丰富地利用深思熟虑或者全无顾忌的虚假言论来作为有效的政治工具……这些用作实现政治目的的言论并不能自动处于宪法的护翼之下。因为，一旦利用众所周知的谎言做幌子，立即会与民主政府的前提，与有效实现经济、社会和政治变革的有序方式相冲突。【布伦南的演讲：“米克尔约翰演讲”（The Meiklejohn Lecture），载《哈佛法律评论》第79卷第1页（1965）。】*

《纽约时报》诉沙利文案实现了美国反诽谤法的革命性变革。此前大多数属于州法管辖的事务从此被纳入联邦宪法的保护范围。长期以来普通法所规定的由诽谤案被告承担举证责任的传统被推翻，沙利文案明确了“原告想要胜诉则必须证明诽谤不实”的规则——并且还须证明所述不实系作者或出版商的过错，而非仅仅出于某一无辜的失误。

其他国家的法律也因此受到影响。1964年以后，越来越多的外国法院修改了他们的反诽谤法，给予发表批评意见的作者更多保护。甚至在英国上议院——英国最高法院【根据英国议会于2005年通过的《宪政改革法》，英国的最高法院将于2009年10月1日开始独立运作。——译者注】也正在朝这个方向转变。不过，还没有哪个国家的法律能比布伦南法官创制的规则走得更远。

沙利文案裁定的直接后果是为媒体提供了一个免受没完没了的诽谤法案侵扰的自由空间，这也就为南方种族斗争的深入发展开辟了道路。北方逐渐清楚地了解到针对民权支持者的暴力活动已成为种族主义的残忍特征。在电视上，人们看到成年男女故意用嘘声四起的方式羞辱那些想进入“混合学校”的黑人小孩。耶鲁法学院亚历山大·比克尔（Alexander M. Bickel）教授说，“道德的破产、可耻的劣迹，已经昭然若揭。”【比克尔：《最不危险的政治》（The Least Dangerous Politics: The Supreme Court at the Bar of Politics），鲍勃斯-麦利尔出版社1963年版或耶鲁大学出版社1986年版，第267页。】

公众的愤怒迫使国会不能再听之任之。1964年，国会宣布在公共设施、学校及工作场所实行歧视为非法行为。1965年，《投票权法案》（Voting Rights Act）通过，美国南方腹地（Deep South）的黑人由此获得了投票权。随着黑人当选公职人员以及南方民主党党员大规模地倒向共和党，政治格局发生了根本性转变。第一修正案正像麦迪逊当年期望的那样发挥着作用，在民主制度下，言论以及新闻自由壮大了公民的力量。

沙利文案的影响并不仅仅局限于当时的种族斗争。若干年来，它极大地增强了媒体的信心，鼓励它们勇敢地揭露政治真相，而不是充当官方宣传的可怜的速记员。在沙利文案后十年间，这一种新闻业界所焕发出来的“新的精神”创造了现代新闻史上的两大成就：持续报道

越南战争和水门事件。深入越南调查的年轻记者发现美国不可能赢得这场战争，并且勇敢地说出了这一看法。各路政府官员，上至总统约翰·肯尼迪（John F. Kennedy）、林登·约翰逊（Lyndon B. Johnson），都竭力向编辑和出版商施压，阻止他们发表相关报道。然而，报社并没有屈服。受到《纽约时报》所获判决激励的新精神最终表现为1971年披露的五角大楼文件。第二年，《华盛顿邮报》（Washington Post）的鲍勃·伍德沃德（Bob Woodward）和卡尔·伯恩斯坦（Carl Bernstein）展开了对水门事件内幕的艰苦调查。官方以关闭该公司的电视频道相威胁对《华盛顿邮报》施压，公司主管凯瑟琳·格雷厄姆（Katharine Graham）坚持顶住压力。1974年，在媒体推动下，水门事件的正式调查开始启动，尼克松总统被迫辞职。

在其后的案件审理中，最高法院进一步发展了沙利文案的判决，无论是政府官员还是“公众人物”（public figure），若要赢得诽谤侵权的损害赔偿，就必须证明刊出的文字属于故意或者完全放任的虚假陈述。【沙利文规则扩大适用于公众人物：Gertz v. Robert Welch Inc., 418 U.S. 323 (1974)。】最高法院界定的“公众人物”，包括社会名流，比如影视明星，或者那些在热点议题上掌握话语权的“意见领袖”——举例而言，在本地城市规划讨论中发挥主导作用的精英分子。媒体当然乐于见到越来越多的诽谤案原告不得不承担严格的举证责任，但我本人一直对此持保留意见。如果某一超市小报印发了某影视女星的煽情故事，那么受害者在讨回公道的过程中为什么必须经受与一个政客同样的考验？她要做些什么才能符合沙利文案判决中所谓的“第一修正案的核心含义”？要知道，这一原则只适用于批评政府官员的言论。

沙利文案的判决遭到了某些政治家的严厉斥责、他们抱怨自己的日子因此变成越来越不好过。该判决可能助长了近年来公共讨论的庸俗化——这已经影响到我们每个人的生活。弗吉尼亚大学与哥伦比亚大学第一修正案专家文森特·布拉西（Vincent Blasi）教授是这样来评价这一现象的，他说：“今天，人们习以为常、遍地开花的电台谈话节目就是沙利文案的产物。”你几乎可以随心所欲地谈论公众人物的任何问题而不用担心需要支付什么损害赔偿。

当然，谈话节目和网络博客上的刺耳杂音也可能受到压制。但是，今天的情形很像是麦迪逊当年所处的时代，那时的新闻报纸大多

极富攻击性，而且常常成为全无忌惮的党派分子的乐园。杰斐逊在总结其六年的总统生涯时，写信给他的一位朋友称："报纸上登出的一切都不再可信。事实本身因为这一受到污染的媒介而变得面目可疑。"【杰斐逊论出版：1807年致诺维尔的信（Letter to J. Norvell，1807）。】

无论对《纽约时报》诉沙利文案的影响存在多大争议，有一点是确定无疑的。该案的判决终结了美国关于"煽动性诽谤"的观念。这一点绝不可小视。直到21世纪的今天，仍有许多国家还在继续起诉那些有降低政治领导人威信言论的人。一位土耳其公民在参观土耳其国父凯末尔（Kemal Ataturk）纪念馆后，在留言簿上写下了贬抑现任首相的话而被罚以重金。1995年至2005年间，印度尼西亚、马来西亚、斯威士兰和巴基斯坦均有公民因煽动性诽谤或者类似的评价政府官员和机构的言论而被起诉。2006年，俄罗斯刑法典增加了一条新罪名，规定凡"公开诋毁对俄罗斯联邦负有国家责任的人"均构成犯罪，处以最长三年的有期徒刑。【俄罗斯刑法典的相关规定：保护记者委员会（纽约）的《新闻快讯》2006年7月28日版。】

亚历山大·米克尔约翰（Alexander Meiklejohn）多年来一直为不受约束的政治言论而奔走呼吁。他坚信煽动性诽谤的概念与民主制度下的公民角色不可兼容。沙利文案审结时，米克尔约翰已92岁高龄了。当有人问起他对此案的感受时，他说，"这是一个值得当街起舞的时刻。"【米克尔约翰：参见哈里·卡尔文（Harry Kalven Jr.），撰"《纽约时报》案：第一修正案核心精神的一个注释"（The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"），载《最高法院评论（1964）》（1964 Supreme Court Rev.），第191页、第221页注125。】

## 5　自由与隐私

长期以来，为第一修正案所确立的言论和出版自由而战已成为美国社会的一项基本价值。然而，这一价值是至高无上的吗？当与其他价值相冲突时它还能雄踞顶峰吗？这样的问题在法庭上、在日常生活中反复出现，几乎牵涉所有类别的利益：不被煽风点火的媒体穷追不舍的公正审判权，保护种族或者宗教团体免受仇恨言论的攻击，维护国家安全，等等。如今，没有什么冲突能比隐私问题更加个人化，也更令人感到苦恼了。

一个孩子被专横矜骄的父亲炫为天才，成年以后开始反叛，过起了逃遁的隐居生活。然而，杂志社记者并没有放过这位“隐君子”，他们以嘲讽的语气“挖掘”出天才“背后不为人知的”故事。对此，受害者可以因其隐私权受到侵犯而向杂志社提出损害赔偿吗？这一案件就是令威廉·詹姆斯·西迪斯（William James Sidis）饱受折磨的亲身经历。【西迪斯案：Sidis v. F-R Publishing Corporation, 113 F. 2d 806 (1940)。】西迪斯出生于1898年，他的早慧是被专断偏执的父亲、心理学家波利亚逼出来的。西迪斯一岁半便可阅读《纽约时报》。父亲急切地想把他培养成天才，不断向媒体发布儿子的天赋异禀。西迪斯十一岁时成为哈佛史上最年轻的学生，被《纽约时报》称为是“科学施压实验的辉煌战果”。

然而，如前所述，西迪斯本人极度厌倦这种声名煊赫的生活，他只想成为一个普普通通的平常人。西迪斯多年来一直逃避媒体的关注，直到1937年《纽约客》（New York）在头版头条刊出了贾里德·曼利（Jared L. Manley）撰写的有关天才人物的报道《他们现在在哪儿？》。【曼利的文章：《纽约客》1937年8月14日版，第22页。】这篇文章的副标题为“四月愚人”，影射西迪斯生于4月1日的事实。文章带着调侃的口气特别提到西迪斯“令人发毛的古怪的笑声”、他对于印度奥卡马卡麦斯特人的特殊兴趣以及大量收集公共车票的癖好。【事实上，西迪斯的确匿名出版过一本《车票收集指南》，传记作家埃米·华莱士（Amy Wallace）称这是“出版史上有据可查的最乏味的书之

一”。】曼利的文章描述了西迪斯在“波士顿南区公寓破败的廊底小卧室”过着孤独潦倒的生活。

西迪斯诉称他的隐私权遭到粗暴侵犯。1940年，美国联邦第二巡回区上诉法院审理了西迪斯诉F-R出版公司案。一位非常有见识的法官查尔斯·克拉克（Charles Clark，耶鲁法学院前系主任）撰写了法庭意见。克拉克法官对西迪斯非常同情，认为曼利的文章“怀有恶意”，“残忍地曝光了一位一度备受关注……多年来竭力躲避公众目光的人士”。法官称，没有理由怀疑西迪斯的主张，这篇报道把他推入“公众的轻蔑、嘲笑和讥讽之中”，使他“饱受精神折磨的苦痛”。

但是，克拉克法官驳回了西迪斯的诉讼请求。他说，法庭不可能“让所有人的私人生活细节都绝对免受媒体的探查”，它毋宁允许“对那些有问题的或者被认为有问题的、不确定身份的‘公众人物’的‘私人生活’进行有限度的审视”。西迪斯并没有对报道中令他痛苦的描述的真实性提出质疑，因此克拉克法官认为文章应被允许发表，除非“这样的披露太过露骨、全然不顾被述者的处境而触怒公众的高尚观念”。最后，克拉克总结道，在这一案件中，公众享有合法兴趣去知晓当年的神童如今变成什么样。

“被认为”——克拉克法官所使用的这一短语正是使审判结果变得如此残酷的原因所在。因为父亲强加于他身上的巨大名声，西迪斯终其余生都活在公众的误解和嘲笑中。克拉克法官尽力在新闻自由与隐私权之间达成平衡。不过，如果克拉克能对此案中的新闻规则了解更多的话，或许案件结局又将是另外一番光景。

在《秘密》（Secrets）一书中，西塞勒·博克（Sissela Bok）向我们展示了《纽约客》报道西迪斯的部分隐情。【博克：《秘密：论掩盖与披露的伦理学》（Secrets: On the Ethics of Concealment and Revelation），Pantheon出版公司1983年版或Vintage出版公司1984年版，第250-252页。】这篇文章的署名作者贾里德·曼利事实上并不存在，他只是《纽约客》资深撰稿人詹姆斯·瑟伯（James Thurber）的一个化名。很明显，瑟伯从未接触过西迪斯。文章仅仅叙述了一位不知名的妇女“最近成功拜访他”的种种情形。这里，人们不禁会产生疑问：这位妇女是否就是瑟伯的线人呢？她又是如何取得落落寡居的西迪斯的好感以致能获邀造访他在南城公寓的寒舍，并且参观他收集的

车票呢？当西迪斯的案子移交到上诉法院后，瑟伯解释说，他想通过显示超常儿童成长经历中经受的心理障碍来告诫“大多数美国人不要再把他们笼罩在名声显赫或声名狼藉的光环中”。不过，西塞勒·博克在她的书中语气冷淡地说，读瑟伯的文章似乎很难看出这样的目的，“作者在还原一个真实的西迪斯的过程中，做得并不比其他人多。更加过分的是，文章对于那些被认为本该大有作为而此时却在单间公寓里无聊地打发余生的天才们，所采取的那种漠不关心、幸灾乐祸的轻蔑态度”。

在上诉法院的二审判决下达四年后，穷困潦倒、没有工作的西迪斯死于脑溢血，时年46岁。

西迪斯案审判过程中存在的一个问题或许会让令人感到困惑不解：克拉克法官并没有提到第一修正案。那是因为在当时，普遍认为隐私权问题（比如诽谤）不在第一修正案的保护范围内，这一观点直到1964年沙利文判决（Sullivan decision）诞生后才得以改变。不过，克拉克法官的判决意见却仿佛将第一修正案贯穿始终。他试图以西迪斯在个人隐私方面的利益抗衡社会在自由评论方面的利益。当然，他认为后者的分量更为重要，因为我们所生活的社会乃是一个言论自由的社会。一旦某人成为了公众人物，那么不管是否情愿，他／她便永远地成为了媒体所追逐的对象。

隐私权利益第一次被正式用以抗衡第一修正案对于表达自由的保障，始于1967年最高法院审理的《时代周刊》诉希尔案（Time, Inc. v. Hill）。【《时代周刊》案：Time Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967)。】这是一个无论从哪方面来看都非同寻常的案例：对抗性利益的竞逐、法庭判决的戏剧性反复以及原告声明的悲剧色彩。詹姆斯·希尔、他的妻子以及五个孩子居住在费城郊区。1952年，三名越狱犯突然闯入，将希尔一家扣为人质，不过，在此过程中对他们以礼相待。所幸，罪犯在逃离现场后均被抓获。媒体随即密集报道了该事件，这给希尔及其家人、尤其是希尔太太造成了巨大压力。为了躲开公众的目光，希尔一家移居康涅狄格州，过着隐姓埋名的生活。

两年后，一部名为《绝望时刻》（The Desperate Hours）的戏剧被搬上百老汇。该剧主要讲述一家人在自己家中被越狱犯劫为人质的经历。与闯入希尔家的劫犯不同，剧中的劫犯实施了一系列令人发指的

骇人行径：粗暴、性侵犯以及其他暴虐行径。故事被安排在印第安纳波利斯。然而，《生活》杂志为此进行了一番特别报道，刊发演员们在希尔原先费城附近家中的照片，同时带着神经质的语气讲述了这个故事，仿佛再现当初希尔家所发生的骇人一幕。《生活》杂志的故事成了希尔一家的噩梦，希尔太太因此精神崩溃。希尔先生说，他无论如何不能接受《生活》杂志的做法，他们甚至连一个电话也没有打（以求证事实真相），就刊发了这样的文章。他说，“好像我们根本不存在，好像我们都是卑鄙肮脏的。”

希尔控告《生活》杂志的出版商《时代周刊》公司违反了纽约隐私法。他说，报道把他的家庭和事实上并没有经历的恐怖联系在一起，给受害人一家投下了一道虚光。【隐私法对于隐私的界定分为四种类别。其中一类称为“虚光性隐私“（false light privacy），也就是描述存在错误信息的案件，但对被述人的名誉并无损害，这种情况常发生在诽谤诉讼中。其他隐私的类别将在本章其后部分述及。】

在纽约州的法院，希尔赢得了3万美元的损害赔偿。但是《时代周刊》公司将本案上诉至最高法院。希尔聘请理查德·尼克松担任其代理人。此时，尼克松尚未参加1968年总统竞选，正在纽约从事法律实务工作。希尔案于1966年4月27日开始庭审，法官对尼克松的表现感到相当满意。

不过，随后进行的法庭合议便成为了一个秘密。这个秘密一直保持到1985年，伯纳德·施瓦茨（Bernard Schwartz）教授的《沃伦法庭的未刊意见》（The Unpublished Opinions of the Warren Court）一书面市后才大白于天下。【施瓦茨：《沃伦法庭的未刊意见》（The Unpublished Opinions of the Warren Court），牛津大学出版社1985年版，第251、272页。】在法庭辩论后的第二轮合议会上，法官们以6比3的票决确认了希尔案的原判。大法官沃伦指派福塔斯（Abe Fortas）法官撰写判决意见。施瓦茨的书后来披露了当初草拟的意见书。意见书一开始便激烈抨击了《生活》杂志对这一报道的处理态度，同时也一箭双雕地对某些新闻界人士的所作所为进行了评价：

*《生活》杂志的配图报道造成的这种无中生有、不负责任和处心积虑的伤害，并不是一个负责任的新闻业界所应具备的基本要素。由于他们所应承担的高度的社会责任，杂志撰稿人和编辑不得克减正常*

*的避免造成不道德和非必要伤害的义务。媒体的特权——对于我们的自由而言，这是基本而必需的——并不排除为避免随意伤害而采取合理而审慎的措施……它们不授予进行无谓攻击的特许。*

福塔斯的草拟意见还包括了一段有关隐私权含义及其在公民社会中地位的精彩论述：

*隐私权受宪法保护……它不仅包括在法律许可范围内，确保个人的人身、住所、书面文件及财物安全的权利；还包括免于被迫自证其罪的权利；它与公民个人的宗教信仰与言论自由非常相似，尽管它们存在种种差异；它更是一种对抗偷窥癖（Peeping Tom）、监视器和电子窃听装置的特殊权利。以上各方面都属于隐私权的范畴，然而隐私权所涵盖的领域还远不止于此。简单地讲，它是一种让人能够独处（to be let alone）的权利；一种根据个人的选择过自己想要的生活的权利；一种不被打搅、袭扰和侵犯的权利，除非外来者可以证明这是依照国家法律出于公共生活的明确需要。*

不过，福塔斯的意见书最终没能发表。在庭议后的数周里，法官们又重新开始反思他们的观点。当年秋天，法庭再一次讨论这一案件，并以多数票推翻了希尔的隐私权主张。

在重新合议之前，布莱克法官——这位最富激情的表达自由的倡导者向同事们寄送了一份备忘录。施瓦茨的书中也记录下了这份备忘录的全文。布莱克写道，“经过反复考虑，我发现，我找不到任何比本案的裁决更加威胁言论和出版自由的先例。”他的观点是，媒体的失误在所难免，如果媒体屈服于不得伤害社会共同体中的任何人——一旦它做不到，便会被提到诽谤的高度，那么媒体将被迫陷于无休止的自我审查中。

1967年1月，该案判决结果终于下达了。在布伦南法官撰写的法庭意见中，最高法院以5票对4票的微弱多数，推翻了州法院的判决。三年前，布伦南法官在《纽约时报》诉沙利文案中写下标志性的诽谤案判决意见，确立了政府官员不得从危害性的不实报道中获得损害赔偿的原则，——除非能证明该不实报道出于故意或完全放任。如今，布伦南法官又将这一原则适用于詹姆斯·希尔的隐私权主张。他说，不能证明《生活》杂志关于希尔一家的不实报道源于实际恶意或者完全放

任，因此，在陪审团查明这一情况之后，《生活》杂志有权得到一个新的判决结果。但是，沙利文案体现的是布伦南所称的“第一修正案的核心精神”，即批评政府的权利。而这一规则如何适用于报道像希尔一家普通公民的隐私问题呢？布伦南法官给出了这样的解释：

*保障言论与出版自由不得禁止对公共事务的政治表达或者评价，这一切对于健全政府来讲，是至关重要的。一个人只需随便拿起一张报纸或者一本杂志，便可了解到呈现在公众面前的各种人事，既有关于政府官员的，也有涉及公民个人的。不同程度的曝光自己，是文明共同体中个人生活的必然伴生品。在一个特别注重言论与出版自由价值的社会中，被曝光的风险成了必不可少的生活的一部分。*

布伦南法官的司法意见意味着对具有重要价值的隐私权的拒绝。判决书上写道，即使是一心想逃离公众目光的美国人，也必须接受“自己被曝光”的现实。这是在“文明共同体中生活”所必须付出的代价。对于布伦南法官，我素来景仰；但我不能认同他的这一“文明共同体”（a civilized community）的概念。

福塔斯法官提出了异议，然而反对意见的语气似乎不够愤怒。【如果福塔斯的措辞再激烈一点，或许可能改变其他法官的心意。】他的观点得到了沃伦大法官和克拉克法官（Tom C. Clark）的附议。约翰·马歇尔·哈伦——第一任法官哈伦的孙子——单独撰写了反对意见。这样，希尔案的投票表决也就出现了5票对4票的格局。我个人以为，哈伦的观点很有说服力。

哈伦法官认为，希尔案并不涉及政府官员或者公众人物，受害者不是能吸引眼球的人。如果希尔要驳斥《生活》杂志的报道，那么谁又会发表他的文章呢？因此，霍姆斯法官提出的思想必须自由竞争的“言论市场”理论在这里是行不通的。哈伦法官说，由此产生了“不可挑战的不实"（unchallengeable untruth）之虞。在此情形下，希尔只要证明《生活》杂志的编辑犯有疏忽错误即可，无需承担更重的证明“不实出于实际恶意或完全放任”的责任。

随着施瓦茨一书的问世，《时代周刊》诉希尔案的内部讨论意见也逐渐为人所知，当时已经辞职的理查德·尼克松要求他的前白宫顾问伦纳德·加门特（Leonard Garment）再次调查此案。加门特在希尔案审

理时曾是尼克松的工作搭档。在读完施瓦茨的材料后，加门特为《纽约客》撰写了一篇文章。【加门特的文章："法律年鉴之希尔案"（Annals of Law: The Hill Case），载《纽约客》1989年4月17日版，第90页。】在文章中，他谈到尼克松为这场官司精心准备了两套辩护意见；他也谈到当得知最高法院将作出不利于辩方的判决后，尼克松在电话里说，"我早有准备，他们不允许我们赢得这场不利于媒体的上诉案。"加门特特别提到哈伦法官的意见，称私人生活被曝光"带来了一系列的无法补救的创伤……被曝光的个人根本无力自我保护"。加门特说，在纽约州进行审判时，即有证据表明《生活》杂志刊发的文章对希尔太太"造成了持续性的精神伤害"。加门特后来写道，"两位杰出的精神病学医师解释了造成希尔太太精神创伤的原因。他们一致认为，她经历了最初的人质事件，但《生活》杂志的报道勾起了她的回忆，进而不知不觉将她抛入另一场更为可怕的噩梦中，这样的噩梦就像真实世界一样不断闪回。两位医师都肯定，希尔太太的内心，在过去和将来很长时间都会埋设下一个火药桶。1971年8月，希尔太太自杀身亡。"

关于隐私权的讨论让人重新想起了一篇影响深远的法律评论：《论隐私权》。这篇文章是路易斯·布兰代斯和塞缪尔·沃伦（Samuel D. Warren）在1890年的《哈佛法律评论》上联合发表的。【布兰代斯与沃伦的文章："论隐私权"（The Right to Privacy），载《哈佛法律评论》第4卷第193页（1890）。】之所以说它影响深远，是因为它比迄今为止任何其他论隐私权的文章对于法律的影响都更为深远。《论隐私权》的发表促使大多数州通过立法或者司法判决的方式开始采纳保护隐私权的法律规则。

布兰代斯与沃伦的文章特别提到了"独处的权利"（the right to be let alone）。三十八年后，这位信念坚定的人在他为奥姆斯特德诉合众国案（Olmstead v. United States）撰写的附议中再次重申了这一概念。【奥姆斯特德案：Olmstead v. United States，277 U.S. 438，478，（Brandeis's dissent）（1928）。奥姆斯特德先例为卡茨诉合众国案所推翻：Katz v. United States，389 U.S. 347（1967）。】当时的最高法院裁定，电话窃听不属于违反宪法第四修正案的侦讯手段。【联邦宪法第四修正案对政府的搜索和拘捕行为作出了原则规定："人人享有保

障人身、住所、文件及财物的安全，不受无理搜索和拘捕的权利；这项权利不得侵犯，除非有可以成立的理由，加上宣誓或誓愿保证，并具体指明必须搜索的地点、必须拘捕的人或必须扣押的物品，否则一概不得颁发搜捕令。”——译者注】布兰代斯对此提出了反对意见，他写道：

*联邦宪法的制定者们……意识到保护人的精神特质、情感和心智的重要性。他们深知，个人生活的痛苦、欢乐和满足只有部分来自于物质世界。他们要努力保护美国人民的信念、思想、情绪和感受。作为对抗政府的一种手段，他们创设了独处的权利——这是一个文明人应该享有的最有价值的、同时也是涵盖最广的权利。*

布兰代斯反对的电话窃听判决在1967年被最高法院推翻。此后，窃听必须遵照第四修正案的规定进行。“独处的权利”成为法律及日常生活中的流行语（福塔斯法官在草拟《时代周刊》诉希尔案的判决意见时就曾使用过这一术语。）不过，布兰代斯与沃伦之所以合作这篇论文，并非基于隐私问题的泛泛之谈，而是因为一个特殊事件：沃伦妻子的照片在未经其本人许可的情况下被滥用。

未经许可擅自使用他人的肖像如今已位列隐私权法认定的四类侵权行为之首。排在第二的是虚光性侵犯隐私，如前我们已在希尔案中提到的：虚构当事人的故事，对其投下一道虚光。举个例子，一本描写某棒球投手的传记就曾有声有色地“制造”了这样的童年场景，孩子的妈妈说，“我的小左撇子，你为什么不在厨房里练习投球呢？”侵犯隐私权的第三种类型，是利用某些装置，如窃听器等，侵犯他人的私人空间。第四种类型，则是散布真实但令人难堪的隐私信息。

第一类侵权行为一度被视为剽窃，它已经滋生了各种包括“模仿秀”在内的形形色色的案件。所谓“模仿秀”，是指有些人长得酷似名人，并且化妆成名人的模样。伍迪·艾伦（Woody Allen）曾经成功地通过诉讼要求一些公司停止使用菲尔·波洛夫（Phil Boroff）的肖像，因为菲尔·波洛夫在广告中假冒他的形象。【伍迪·艾伦案：Allen v. Mens World, 15 Media Law Reporter 1001 (1988)。】贝特·米德勒（Bette Midler）也曾因一家广告代理公司使用声音模特模仿她的著名嗓音而获得了40万美元的损害赔偿。【贝特·米德勒案：Decision of the

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, marked not for publication, July 16, 1991。】

杰奎琳·肯尼迪·奥纳西斯（Jacqueline Kennedy Onassis）通过司法救济，阻止了一位长得像她的模特芭芭拉·雷诺兹（Barbara Reynolds）在广告中出现。【杰奎琳·奥纳西斯案：Jacqueline Onassis v. Dior, 472 NYSupp 254 (1984)。】杰奎琳的案子与其他案件稍有不同，她没有控诉不正当的商业竞争，而是要求她的肖像不能用于商业目的。雷诺兹则主张她所扮演的角色是受宪法保护的艺术形象。纽约州初审法院的爱德华·格林菲尔德（Edward J. Greenfield）法官驳回了雷诺兹的辩护理由，他说，“画一幅杰奎琳·奥纳西斯的肖像画是艺术，但看上去像杰奎琳·奥纳西斯则不是。”

侵权法上的第三种类别——擅自闯入他人的个人空间——在加利福尼亚州的舒尔曼诉Group W制作公司案（Shulman v. Group W Productions）中得到了极大发展。【舒尔曼案：Shulman v. Group W, 955 P. 2d 469 (Cal. 1998)。】该案发生于1998年，由加利福尼亚州高等法院审结，正如此前的威廉·西迪斯案和詹姆斯·希尔案一样，舒尔曼案也出现了表达自由的利益与艰难主张个人隐私之间的激烈冲突。露丝·舒尔曼驾车在加利福尼亚州高速公路行驶途中与其他车辆相撞，滚下路基。舒尔曼严重受伤，需要立即截肢。一辆救护直升机赶到事故现场，将舒尔曼紧急送往医院。在舒尔曼不知情的情况下，一名护士也就是救援小组的成员之一用麦克风记录下了她与舒尔曼在现场及直升机上的对话，另外一位成员则用摄像机拍摄了这一过程。随后，根据这些影像资料编辑而成的节目在电视台播放，舒尔曼诉称她的隐私权受到侵犯。

加利福尼亚州最高法院判决舒尔曼胜诉。凯瑟琳·沃德加（Kathryn M. Werdegar）法官否决了对第一修正案的异议，指出：政府不得规定新闻媒体“应该报道什么，但也不允许媒体打着搜集新闻素材的名义非法窥视民众，实行新闻专制”。法官认为，舒尔曼有权利合理地预期她与护士在现场及直升机里的对话是在个人隐私的区域内进行的。对于陪审团来说，需要对被告方广播公司是否侵入了这一区域，以及这样的侵入是否“严重冒犯了一位有理智的人”等问题作出裁判。事实上，这是对广播公司行使第一修正案赋予的权利以报道一个具有新闻价值

的事件的严格意义上的例外。两位持不同意见的法官本来有可能逆转判决。但是，沃德加法官坚持奉行布兰代斯的精神，她写道：

*陪审团可以合理地相信：对于人类尊严的尊重要求病人在被送治的危急过程中，仅仅需要那些此刻能照料他／她的人，而不必处于好事者的众目睽睽之下……但凡有判断力的陪审团都不难发现，被告在未经病人同意的情况下，在急救现场安装麦克风，录下她与这位神志不清、伤勢严重、饱受折磨的病人的对话，这样的举动严重侵犯了病人的个人隐私。*

广播公司最终与舒尔曼达成了和解协议，向后者支付了一笔数额不详的赔偿金。他们一定在猜测陪审员将会如何认定他们的行为。

隐私法规定的第四类侵权行为——散播真实但令人难堪的信息——引发了更多隐私权主张与出版自由的激烈冲突。1975年9月22日，杰拉尔德·福特（Gerald R. Ford）总统刚从旧金山市圣弗朗西斯科旅馆走出来，一直守候于此的一名妇女莎拉·简·穆尔（Sara Jane Moore）举起手枪，瞄准了总统。人群中一名前海军陆战队队员奥利弗·西普尔（Oliver S. Sipple）飞身跃起，撞向该名妇女的手臂。子弹偏离总统，西普尔救了他的命。一时间，全国各大报纸争相报道了西普尔的英勇事迹。两天后，《旧金山新闻》（San Francisco Chronicle）旗下一位知名专栏作家赫布·凯恩（Herb Caen）披露，西普尔是一个同性恋，如今已成了该市同人圈中的英雄。很快，国内其他报纸纷纷转载了这篇文章；一时间，举国上下无人不知西普尔的同性恋身份。西普尔起诉杂志社侵犯了他的隐私，并称他的确是一名同性恋者，但他有权利要求因令他尴尬的事实的泄密而造成的损害赔偿。【西普尔案：Sipple v. Chronicle Pub. Co., 201 Cal. Reporter 665 (Ct. App. 1984)。】加利福尼亚州法院因为无法协调原告的隐私权与新闻自由之间的冲突而驳回了其诉讼请求。法院称，原告的性取向早在凯恩披露之前就已为很多人所知晓，因此不能构成真正的“隐私”。

几十年来，加利福尼亚州法院对真实但难堪的隐私侵权主张一直比较友善。1931年审结的梅尔文诉里德案（Melvin v. Reid）牵涉到一位曾被控谋杀、后宣布无罪的性工作者。多年以后，这名性工作者成功转行，成家立业，成了当地上流社会的一员。后来，制片商根据其生平拍摄了一部电影《红色和服》（Red Kimono）。影片的上映对女

主人公的社会地位造成了负面影响，于是梅尔文诉称隐私权遭到侵犯，并赢得了这场诉讼。【《红色和服》案：Melvin v. Reid, 297 Pac. 91 (Cal. App. 1931)。】迟至1971年，加利福尼亚州最高法院仍然坚持，即使是当时已经公开的丑闻，若事后再度披露以赚取读者眼球，亦构成侵权。

这样的观点与克拉克法官在西迪斯案中的判决截然对立；后者认为，一旦某人成为公众关注的对象，他或她便永远不能摆脱这种状态。最近一段时期以来，最高法院作出的第一修正案司法解释表明，媒体可以曝光那些真实但令人难堪的往事来引起公众注意。在舒尔曼案的司法意见中，沃德加法官指出，加利福尼亚州最高法院不得再援引《红色和服》案的先例。今天的美国法律文化不能接受禁止公开已经公开的事实。想一想，互联网上的搜索引擎已经使得人们只需轻轻点一下鼠标，便可让每个人的过去呈现在公众面前。一旦曝光，私人生活的方方面面便不可能再沉睡。不过，现状即便如此，也仍然留给我们一些问题：一则邀宠猎奇的报道或者所谓轰动性小道消息是否可以因新型的侵犯隐私的方式而构成诽谤?

媒体一直在呼吁最高法院允许他们报道事实真相，不管将会对当事人造成什么样影响。而法院也不断拒绝作出任何笼统的承诺，相反，他们总是力图在具体情形下处理每一桩个案。

其中一桩案件涉及佐治亚州的法律。该州法典规定，禁止公布强奸受害者的身份。在一位年轻妇女遭强奸并杀害的案件中，法庭秘书允许电视台记者查阅写有受害人姓名的起诉书，该受害人的姓名随后被播出，受害人的父亲起诉该广播公司公开其女儿的隐私信息。这起考克斯广播公司诉科恩案（Cox Broadcasting v. Cohn）被递交到最高法院后，广播公司辩称州法禁止使用受害人姓名的规定违反了第一修正案。【考克斯广播公司案：Cox Broadcasting v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975)。】最高法院并没有直接回答这一问题；相反，法庭认为广播公司不应受到惩罚，因为它是从公开的资料也就是法庭秘书提供给记者的起诉书中获知当事人姓名的。拜伦·怀特（Byron R. White）法官写道："如果此信息是在正式的法院记录中公布的，那么我们可以推定州政府已经确认了该信息中的公众兴趣（public interest）。"不过，我认为怀特法官的解释存在很难解释清楚的地方。为什么一个法庭秘书

的行为——很可能这是他／她工作的一个失误——就应该被视为是在宣布比州法更强的政策呢？州法的规定表明公开强奸受害人的姓名并非公共利益所在。为了避开这一难题，最高法院似乎尽力想采用一些司法策略。

考克斯广播公司诉科恩案以后，相继出现了一系列新闻报纸公布州法要求的保密事项的案件，比如：披露州委员会正在考虑提起调查的州法院法官的姓名，公开少年犯的名字以及再度涉及强奸受害者的隐私。【其他涉及保密事项的案件：Landmark Communications v. Virginia, 435 U.S. 29 (1978)；Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U.S. 97 (1979)；Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989)。】在这些案件的审理过程中，最高法院倾向于适用统一的抽象规则——上述州法的保密规定违反了第一修正案，而不再是逐案解释其特殊的具体背景来说明媒体可以免责的理由。我们由此不能不得出这样的结论：最高法院越来越不为个人隐私的利益所动，哪怕这些利益是由州法规定加以确保的。

2001年，最高法院受理了联邦法律保护电话及其他谈话隐私权案。1968年《综合犯罪控制和街道安全法案》（The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act）规定，窃听电话及其他谈话或者泄露窃听内容者构成犯罪；该法同时对造成侵权的民事赔偿额度作出了相应规定。三十三年后，巴特尼基诉沃珀案（Bartnicki v. Vopper）送到了最高法院。【电话窃听案：Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001)。】本案中，一位匿名者录下了宾夕法尼亚州罢工期间两名工会成员间的手机谈话。其中一人对另一人说，“如果他们不加薪3%的话，我们就直接冲进他们的住所……拆了他们的屋前门廊。”这位不知名的窃听者将录音带寄给了工会的一名反对者，而后者又把录音带送到了广播电台。于是，录音内容在电台中被播放出来。

工会成员起诉广播电台并要求损害赔偿。在最高法院，广播公司提出，“法律禁止披露非法窃录的谈话”这一规定应该服从于第一修正案所赋予的广播电台发布录音内容的权利。特别法庭以6票对3票的票决裁定广播公司的抗辩理由成立。在投赞成票的多数法官中，约翰·保罗·斯蒂文斯（John Paul Stevens）法官对于个人隐私利益仅有只言片语；六位法官中的另外两位，斯蒂芬·布雷耶（Stephen Breyer）和桑德

拉·奥康纳（Sandra Day O'Cotmor）则联名发表了一篇由布雷耶执笔的附带意见，坚持应给予隐私权主张足够分量的重视。

在论及隐私权的重要性时，布雷耶法官给出了一个新颖的观点。他说，确保人们的隐私不仅在于保护个人的“独处权”，而且在于能够鼓励他们自由发表观点。它“有助于我们克服以往不愿讨论私人事务的习惯，因为我们总是担心我们的私人谈话会被公开。而州法所作的限制性规定就能鼓励我们加入原本可能被回避掉的讨论。”换言之，保障谈话的隐私权具有实现言论自由的功效。布雷耶法官指出，他和奥康纳法官之所以在本案中能与斯蒂文斯法官走到一起，仅仅是因为电话窃听引发了“不同寻常的公共关注，也就是对物理性伤害的严重威胁”。

布雷耶在其意见中呼吁，美国法律应该继续保持对打着自由旗号侵犯个人隐私的“狗仔队”的打击。我们正处于一个大曝光的时代：在电视上曝光，被报纸、街头小抄等诸如此类的媒体揭短，人性的错误和缺陷都在镜头前一一放大。未经同意即被擅自发布的友妻的照片，是一个值得纪念的起点。我们从激发布兰代斯勇敢捍卫隐私的最朴素的人类尊严出发，已经走过了很长的路程。其实，不光媒体，就连法律本身，也在无情地暴露个人的私生活。肯尼思·斯塔尔（Kenneth Starr），这位誓将比尔·克林顿（Bill Clinton）总统赶下台的独立检察官，动用全部权力获取了莫妮卡·莱温斯基（Monica Lewinsky）的信件及私人电脑中的日记，并将这些资料放进向众议院提交的报告中。尽管莱温斯基一再抗议，斯塔尔还是在报告中发布了莱温斯基的女友谈及她与其夫之间矛盾的电讯资料。斯塔尔还以传票传召华盛顿一家书店提供莱温斯基在此购书的全部书单。

当克拉克法官驳回威廉·西迪斯的隐私权主张时，他说他可以想象这样的情景：诸如西迪斯之类的“公众人物”，是很容易从隐私权被侵犯中获得损害赔偿的，只要“这样的披露太过露骨……或者全然不顾被述者的处境，冒犯了社会公众的正派观念”。然而，在今天，我们似乎很难想象还有什么“爆料”能够露骨到触怒公众的神经。

媒体要求法官不得因为他们不赞成令其不悦的新闻规则就有权审查任何反对他们的出版物，在这一方面，媒体是对的。2002年，英国大法官伍尔夫（Woolf）作出的一桩案件裁决恢复了新闻界的正常秩

序。【这起英国的案件：A v. B Pic, 2 All E.R. 545。】他取消了一条禁令，该禁令是由一名足球运动员申请的，禁止街头小报报道该球员与两名妇女间的婚外情。伍尔夫爵士说，法院“不得成为个人品行的检查官或者仲裁员。如果法庭裁定报纸披露这样的内幕不合时宜的话，那么这只会导致媒体采取更加非常的手段来超越此类限制。”况且，如果其中的某位妇女决定要抖出真相的话，那么卷入这场多角恋的男子又有什么资格来抱怨呢？伍尔夫爵士补充道，“法院不能忽视这样一个事实：如果新闻报纸不能公布公众感兴趣的信息，报纸的发行量就会越来越少，这并不符合公众的利益所在。”过去，英国法院在控制媒体方面总是过度严格；由此，伍尔夫法官的裁决标志着一个变化——或者说，这是迈向第一修正案所倡导的开放社会的第一步。

但是，这并不意味着——对于我个人来说，无论如何都不意味着——一个开放社会就必须容许个人隐私的公开，不管这样的公开如何残忍或反社会。对此，纽约大学的托马斯·内格尔（Thomas Nagel）教授给出了精辟的解释：

*一个人把自己置于公众的众目睽睽之下与他仅仅在亲朋好友中表露自己之间的区别，对于复杂如我们人类的生物间彼此交流又不致造成社会崩溃是至关重要的。我们每个人的内心世界都是一座思想、感情、幻想和冲动的丛林，如果毫无保留全都公之于众，那么文明将无从延续……同样地，正如我们将内心的淫荡、好斗、贪婪、焦虑或自恋在普通公众面前暴露无遗后社会生活将不复存在一样，如果我们每个人都试图变成将所有的思想、感情和私人行为全然暴露在公众面前的人，那么我们自己的内心生活也将不复存在。【托马斯·内格尔：“公共隐私的破碎”（The Shredding of Public Privacy），载《泰晤士报文学副刊》1998年8月14日版，第15页。】*

秘密永远是新闻人眼中的一面红旗，它往往被政府用来掩盖贪腐无能并扩张其不可预知的权力。政府权力不断扩张，随之而来的一个结果便是借助电子或其他手段入侵民众的私人生活。布兰代斯在1928年发表窃听案异议时，他决计无法想象今天的政府可以发明比窃听更为危险的入侵手段。当媒体也同政府一起加入了侵犯隐私的行列，它便不是在扮演那个监督政府权力的角色了。

在当年的捷克斯洛伐克，警察局曾秘密录下了著名异议人简·普罗查卡（Jan Prochazka）与他的朋友、另一名异议分子之间的谈话。有一天，国家广播电台播出了这段谈话录音。捷克著名作家米兰·昆德拉（Milan Kundera）评价说，这一阴谋几乎成功地达到了诋毁普罗查卡的目的。人们对此感到震惊和不解。昆德拉说，因为“在私下场合，一个人所做的各种事情，所用的粗俗语言、愚蠢行为以及下流玩笑……无不浮动着他在公开场合绝不肯承认的异教观念”。【昆德拉关于普罗查卡案的评论：引自米兰·昆德拉著《被背叛的遗嘱》（Testaments Betrayed: An Essay in Nine Parts）一书，哈珀·柯林斯出版集团1995年版。】人们开始逐渐意识到昆德拉所讲的，“真正的丑闻并非普罗查卡大胆的谈话，而是对他私人生活的强暴。他们终于遭电击般醒悟过来，私人生活和公共生活是截然不同的两个世界，而尊重这种差异正是一个人自由生活的不可或缺的必要条件……”

在1985年的一次访谈中，昆德拉总结了他对于隐私的看法：

*我们今天的时代，私人生活正在被摧毁……人们自身，也正在一点一点地丧失私人生活的感觉与体会。当一个人在他者的眼里无从藏身，生活就变成了地狱。那些在极权主义国家中生活过的人当然懂得，这是制度所造成的。生活变成了一块巨大的透明破璃——而这有可能成为所有现代社会的趋势。【昆德拉访谈：“与米兰·昆德拉的对话”，载《纽约时报杂志》1985年5月19日版，第85页。】*

第一修正案关于言论和出版自由的规定对于保障人类自由来说，无疑是重要的；但对于构建一个健康的社会，这不是惟一重要的。倘若实现言论自由将以彻底牺牲个人隐私为代价，那么它只会是一个令人恐惧的胜利。

## 6　媒体的特权？

玛丽·托尔（Marie Torre）是供职于纽约先驱论坛（New York Herald Tribune）的一名电视栏目编辑。1957年，她制作了一期著名舞台剧及影视明星朱迪·嘉兰（Judy Garland）的专题节目，从而改写了第一修正案的历史。【朱迪·嘉兰案：Garland v. Torre, 259 F. 2d 545 (2d Cir. 1958)。】嘉兰与哥伦比亚广播公司（CBS）签订了一份拍摄系列节目的合同，但对于首期节目何时开始制作却迟迟未给出明确答复。托尔于是在节目中披露，哥伦比亚广播公司一位未透露姓名的执行总裁曾经告诉过她目前嘉兰遇到的麻烦事——“具体原因我不太清楚，但如果她（嘉兰）认为自己太胖了而推迟开机的话，这我可一点儿也不奇怪”。后来，嘉兰的传记披露她当时的确正为体重超标所困，每天吞服大量减肥药片。

朱迪·嘉兰诉哥伦比亚广播公司诽谤及违约，并且提出了140万美元的损害赔偿请求。在预审听证会上，嘉兰的律师要求托尔说出节目中摘录的传闻来源——那名“造谣者”的名字。托尔拒绝了这一要求，她说，如果她这样做的话，那么“在将来的工作中就再没有人会对她说什么了”。联邦法院的法官裁定其藐视法庭，判处十天监禁。托尔不服，向美国联邦第二巡回区上诉法院提起上诉。

托尔的律师称，第一修正案保护当事人拒绝透露信息来源的权利——用法律术语来讲，宪法赋予了记者证言特免权（testimonial privilege）——因为，如果她违反保密义务的话，正如她本人所说的那样，也就切断了她与其他潜在信息资源的联系。这是美国宪法第一次遇到这样的问题，也是有关新闻记者权利的法律讨论引起广泛关注的起点。托尔案的判决结果预示着此后新闻记者将享有其他人所不能获及的宪法特权。

上诉案的法庭意见是由来自美国联邦第六巡回区的波特·斯图尔特（Potter Stewart）法官撰写的，他后来成为最高法院的法官。波特·斯图尔特坦言他接受了这样的观点：“假使记者被迫透露保密的新闻来源，将会对新闻的有效性构成某种限制，进而削弱新闻自由。”但是，新闻自由也不是绝对的。斯图尔特法官写道，“在宪法之下，它必须为

司法公正所捍卫的至高无上的公众利益让路。”在摘引了其他案件的观点后，斯图尔特接着说，“控辩双方的诉讼权利就是这一利益的反映。在一个有组织的社会里，它们是其他所有权利的保护性权利，同时也是一个有序政府存在的基石。”斯图尔特指出，在本案中，原告所要求的证词并非只涉及“可疑的相关性”；它“恰恰构成了原告主张的核心”。

至此，斯图尔特法官进行了第一次有益的探索，他明智地捕捉到案件争议的焦点所在。尤为关键的是，他明确指出新闻记者的利益不是惟一需要考虑的因素。媒体坚持声称自己有权使用那些除非记者发誓保密否则就无法得到的信息来源，其实他们并不可能从中获得真正的利益。不过，作为这类民事案件的另外一方面，这里也存在着那些名声遭到玷污的受害者的利益。我们果真打算剥夺那些因匿名消息而声名尽毁的人在法庭上挽回自己声誉的机会吗？我想，我们不会。

玛丽·托尔请求最高法院审理此案，遭到拒绝。她被判十天监禁，但仍不肯说出信息来源。随后，朱迪·嘉兰撤回了起诉。为什么？或许她对托尔产生了同情之心，又或许她认为公开此案同样也会有损自己的形象。

最高法院从1972年开始将记者的特权问题纳入其管辖范围。法院同意审查此前出现过的三个刑事诉讼案例。在这三个案例中，记者被传唤到大陪审团前出庭作证，但遭到拒绝。第一桩案件是布兰兹伯格诉海斯案（Branzburg v. Hayes）。【布兰兹伯格案：Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972) .85。】保罗·布兰兹伯格（Paul Branzburg）是肯塔基州路易斯维尔市《信使》杂志（Courier - Journal）的一名记者，他撰写了一篇采访年轻人提炼印度大麻的报道。肯塔基州当局要求布兰兹伯格提供受访者的姓名。

最高法院以5票对4票驳回了记者的主张。拜伦·怀特法官起草了判决意见，直截了当地阐明他的立场，“这类案件的核心问题在于，要求新闻从业人员在州或者联邦大陪审团面前出庭作证是否就削弱了第一修正案所保证的言论和出版自由。我们认为，事实并非如此。”

怀特法官用双重否定的表达方式对媒体主张做出了一个极其勉强的妥协。他说，他并不是在暗示，“搜集新闻线索不应该受到第一修正

案的保护；缺失了对新闻采集的保护，媒体自由就会被掏空。”但是，他紧接着指出，在第一修正案保护媒体免受事先限制和对发表内容的事后追惩的同时，媒体也应当按照传统惯例与某些新闻来源相隔离。怀特法官写道，“尽管如此一来，新闻采集可能会受到一定限制，例如媒体不应该介入大陪审团的讨论过程、法官的合议以及其他官方机构在执法过程中的会议，等等。”他认为，作证义务对于刑事司法体系至关重要，对于这种责任的免除不可接受。对此，怀特法官还援引了一个历史性注释加以证明，他说，“1807年，首席大法官约翰·马歇尔在那样紧张的境况下，也将一纸传票送到了美国总统手中。”【布兰兹伯格案在1972年6月27日审结，这个日期刚好是水门事件曝光后的第十二天：水门事件最终导致了尼克松总统在庭上交出录音磁带，并且迫使他辞职。】

怀特法官还阐明了反对给予媒体宪法特权的实践上的原因。其中之一便是很难界定“媒体”的范畴，或者说究竟谁应当享此特权。根据传统观念，“媒体的自由涵盖了那些孤立的小手册作者……以及大都市出版商的权利”。法庭如何来认定上述对象中的哪些有资格享受特权？【哪些人享有言论自由特权？这个问题随着互联网的迅猛发展和数以千万计的博主在网上转帖他们认为的新闻而变得更加令人注目。】怀特法官继续发表他的看法：

*在当下的案件中，以主流媒体为代表的信息发布功能也在被演讲家、民意测验专家、小说家、学术研究人员以及剧作家们实践着。几乎任何一位作者都可以相当自信地宣称他是在为信息公开做贡献，他依据的是信息的秘密来源，而且如果他被迫在大陪审团前泄密的话，这些信息来源便会从此噤声。*

怀特法官指出的问题焦点再一次得到了证实。在五角大楼文件案的余波中，尼克松总统的行政班子传唤了政府派驻哈佛的教授助理塞缪尔·波普金（Samuel Popkin），要求他在大陪审团面前详细说明他所撰写的一篇有关越南问题的学术论文的出处。【五角大楼文件案：New York Times v. United States, 403 U.S. 713 (1971)。】波普金拒绝应讯，因此被判监禁一周。哈佛校长德里克·博克（Derek Bok）亲自担任波普金的律师，强烈要求政府终结大陪审团的任期，最终使波普金重获自由。

怀特法官的判决意见书通篇充满了一种自我怀疑、前后否定的论调。他说，媒体“对于保护自身免受威胁或者后续性伤害远不是无能为力的”，“它正处于强有力的信息交流机制的支配之下”。然而，意见书在最后又再一次用双重否定的语气重申了这样的观点：“新闻搜集并没有被排除在第一修正案的保护之外；当然，如果大陪审团的人员构成和调查行为缺乏诚信，那么第一修正案在这种情况下就形同虚设了。”

在布兰兹伯格案中，媒体并没有谋求新闻记者的绝对特权，也就是说，可以在任何情况下拒绝在大陪审团面前作证的权利。《纽约时报》发表的一篇短评简洁地总结了记者必须应讯的三个条件：（1）政府似乎确有理由相信，记者掌握的信息与某桩可能存在的犯罪行为有密切联系；（2）政府表明它不可能再从其他渠道获取相关信息；（3）政府表明“该信息涉及紧迫而重大的利益”。

面对政府提出的要求，持异议的三位法官依然试图给予记者拒绝作证的合法权利。斯图尔特法官强烈批评了其他多数法官“不利于第一修正案的看法”，他说，强迫记者作证“反映了我们这个社会对独立媒体的批判性角色的无知和不敬”。但在担任第六巡回区法官期间，斯图尔特曾要求玛丽·托尔详细说明诋毁朱迪·嘉兰的不具名的信息来源。对一些人来说，这一做法似乎与他在布兰兹伯格案中的反对意见自相矛盾。斯图尔特法官仅在其司法意见的一个注脚中解释，要求托尔提供信息来源的名字是“为了满足原告提出的诉讼要求”。或许，法官的意思是，如果民事案件中存在合法的对抗记者证言特权的考验的话，朱迪·嘉兰就遇到了这样的考验，因为除了玛丽·托尔，她不可能再从任何其他人那里获知这一对她不利的信息。

威廉·道格拉斯是第四位持反对意见的法官，他主张应予新闻记者绝对的第一修正案特权以对抗在陪审团面前作证，除非记者本人也卷入了犯罪行为。道格拉斯法官宣称，《纽约时报》坚持了他所谓“令人惊异的立场，即第一修正案权利是用来抗衡其他权宜之计或者政府便利的”。他说，第一修正案的制定者们在设定这一权利时，“采用了绝对肯定的方式”，而不是“现行政府和《纽约时报》所面对的唯唯诺诺、大打折扣、贫乏无力的第一修正案”。

布兰兹伯格案判决是最高法院关于媒体特权主张的第一个判决，此后数十年间再未出现过此类案件。时至2007年，最高法院再次拒绝

受理另一起相同问题的案件。由此，人们难免会想，看来问题解决了。然而，事实远非如此。在这几十年中，身处各种境况下的记者们一方面拒绝泄露秘密消息来源，另一方面又继续呼吁第一修正案能赋予他们证言特免权。有时低级别法院会支持他们的主张，有时则没那么幸运。这是一个非常特殊的法律模式。最高法院判决曾经作出的明确无误的定论被公然忽视或者另作他解。

为什么会出现这样的情况？其中一个原因，出在当年布兰兹伯格案五位持多数意见的法官之一刘易斯·鲍威尔（Lewis F. Powell）身上。他单独发表了一篇简短的司法意见。在布兰兹伯格案中，他加入了由怀特法官撰写的法庭意见，并且驳回了法庭受理的三起案件中新闻记者的诉求。不过，鲍威尔法官称，记者们仍然可以在其他案件中挑战现行的证言规则，举例来说，“比如新闻记者确信大陪审团的调查行为违背了诚信原则”，或者需要记者供出的信息“与法庭调查的目的仅仅存在一种间接的、微弱的联系”。这一论调听上去与斯图尔特法官在异议中提出的“宪法权利”观颇为接近。鲍威尔同时还特别强调法官应当注意平衡媒体自由与建立在“个案基础上的”刑事证据制度的需要。

相当数量的联邦与州的低级别法院受到鲍威尔观点的影响，认为他的附随意见书有效地修正了怀特法官断然拒绝记者特权主张的偏激。尤其在民事案件中，法官们接受了他关于权衡媒体的保密利益与个别案件中信息公开要求的理论。

至于布兰兹伯格判决地位特殊的其他原因，则来自于媒体的强烈反弹。编辑、出版商以及他们的律师纷纷坚持“第一修正案权利”的存在，并以此对抗信息来源强制公开原则。1981年，《华盛顿邮报》登载的一则获得普利策奖的报道被证实是捏造的，该报道讲述了华盛顿特区贫民窟一位年仅八岁的海洛因瘾君子的故事。骗局曝光后，《华盛顿邮报》的这名编辑撰文辩称，“在认定信息来源的问题上，当媒体与当局产生激烈冲突时……这一事件正好可以检验平素言之凿凿的第一修正案保护是否能够真正落实。”言下之意，这句漂亮的辩护词意味着参与彻查这起教唆八岁幼童吸食海洛因的犯罪案件的华盛顿警方及相关机构已经被第一修正案所限，不得强迫记者告知该报道主人公的

真实姓名。即便适用平衡原则，我们也很难相信哪个法庭会走出这么远。

不过，媒体权利主张并不会总像为《华盛顿邮报》虚构故事的辩护那么荒唐。确实有部分重要的职业记者只能靠秘密信息来源维持其职业生涯，比如，《纽约时报》于2005年报道的乔治·布什总统命令国家安全局（National Security Agency）未经合法授权窃录国际长途电话便是一例。这是一则相当重要的新闻特写，——在一定程度上，代表了记者的责任感——揭露了非法的行政行为。而这样的事实，只可能来自于政府内部的秘密线索。政府的反应是迅速传唤撰文记者，要求说出是谁提供了这则信息；也就是说，现在的焦点集中在秋后算账而不是新闻稿所曝光的不能容忍的违法程序。

20世纪后半叶和21世纪的最初几年见证了美国行政权的迅猛膨胀，政府径可不经国会授权便开始秘密行动。布什总统宣布，这种单方行动不仅可以窃听美国公民的对话，而且一旦怀疑该对象是“敌方战斗人员”便可不经审判对其进行永久性羁押。媒体——纵使有千错万错——此时通常是惟一能为遏制权力滥用而战的斗士。水门事件是一个标志，媒体成功地借助未透露姓名的信息来源揭露了尼克松内阁的滥权行为。

如果记者发誓不透露提供新闻来源者的姓名，他／她就应该信守承诺。这是一个道德要求，也是我们的常识：就像玛丽·托尔所理解的那样，如果你违背诺言，那么今后谁会再告诉你什么消息？泄露你答应保守秘密的名字也会带来一系列法律后果。一个共和党的私人侦探向供职于明尼苏达州报纸的记者透露，参加副州长竞选的民主党候选人曾有过犯罪记录，报纸披露了这则内幕以及信息来源——尽管记者先前承诺保密。这位线人诉记者背誓。而该家报纸则辩称，如果需要为此付出损害赔偿的话，则将侵犯第一修正案。最高法院在1991年驳回了报纸的辩护理由。

记者保守信息来源的需要与法庭命令公布信息来源之间的矛盾偶尔也会制造出戏剧化的结果：作者因为藐视法庭而入狱。【拒绝说出信息来源的损害赔偿：Cohen v. Corwles Media, 501 U.S. 663 (1991)。】一个极端的例子就是瓦妮莎·莱格特（Vanessa Leggett）案。莱格特是田纳西州一名妇女，她以前从未出版过任何作品，这次准备

撰写一本关于一个臭名昭著的杀人犯的书。就在她做了大量采访工作之后，联邦法院大陪审团发来一纸传票，要求她逐一交代受访者的姓名。莱格特说“不”，并为此付出了168天监禁的代价。

瓦妮莎·莱格特不是新闻记者。编辑和出版商的律师们便碰上了这样的尴尬局面：他们无法主张第一修正案应该被理解为保护记者的证言特权这一辩护理由。不得不将莱格特踢出他们的法律理论之外，辩护人感到非常恼火。不过，作者的身份归属问题再一次把人们带回了怀特法官在布兰兹伯格案司法意见中预见到的问题：你很难认定究竟谁有资格享有记者的特权。怀特曾说出版自由覆盖了从“孤立的小手册作家”到“《纽约时报》的记者”。按照现代社会的眼光，数以百万计的博客主人都可以称作“孤立的小手册作家”。同理，瓦妮莎·莱格特也完全有资格成为面对公众的信息提供者。但是，如果法庭根据“逐案原则"（case by case）分别认定谁够格享有证言特免权而谁又不够格，那么法官们就将是在颁发某种近似于新闻记者许可证之类的东西——这样的情形可能在某些国家大行其道，但对美国媒体而言，新闻许可明摆着就是官方控制的表现。

尽管不能在法庭上透过第一修正案获得确定的保护，媒体还是积极推动了各州立法赋予记者证言特免权。几乎所有的州都制定了他们所称的《新闻保障法》（Shield Law）。【州法不能在联邦法庭适用，因此产生了很多富有争议的记者权利案件。】

《新闻保障法》并没有解决记者从普通公民的庭前作证义务中豁免的所有问题。这些问题在华人科学家李文和案中凸显出来。【合众国诉李文和案：詹姆斯法官帕克在宣判时的声明，1990年9月13日。】李文和是洛斯阿拉莫斯国家实验室的一名科学家。20世纪90年代末，他被多家媒体报道从事核间谍活动。很明显，这些新闻报道都来自政府内部人士的消息，称李被怀疑将核机密泄露给中国。李因此被捕，被控五十九项罪名，遭到长达九个月的单独囚禁。然而，政府后来撤销了所有指控，只保留了一项李不当处理“机密”（为事后追加的分级）的罪名。审理此案的法官向李道歉，并称涉案官员使“我们整个国家以及全体国民蒙羞”。《波士顿环球报》（Boston Globe）的一名编辑事后透露，对李的怀疑来自某个“具有强烈右翼倾向和种族主义狂热”的情报官员。

李起诉政府向媒体蓄意泄密进而侵犯了他的隐私权。李的律师要求传讯五名记者，追查报道的信息来源，但都遭到了拒绝。上述记者被判藐视法庭，同时处以每天500美元的罚金直至他们应讯为止。五大新闻机构——美国广播公司（ABC News）、《洛杉矶时报》（Los Angeles Times）、《纽约时报》（New York Times）、《华盛顿邮报》（Washington Post〉和美联社（Associated Press）都被牵扯进来，最终同意支付李75万美元的赔偿金才得以结案。此外，政府又提供了89.5万美元用于李文和支付这场讼案的律师费和相关税款。

在结案阶段，新闻机构并没有为对李文和的卑劣行径作出任何道歉。他们称，之所以同意结案只是为了"使我们的记者免遭进一步伤害"；并且，保护他们得以"从秘密来源"获悉资讯的能力。换言之，我们并不在乎我们对李文和做了什么，我们只关心我们的需要。《波士顿环球报》自始至终没有加入攻击李的队伍，它在社论中指出了这一案件审结的真正意义："重要的是，记住我们曾对李做了什么。强权机构几乎从不承认他们滥用权力。当政府和俯首帖耳、容易轻信的媒体联手，肆意践踏一个势单力薄的公民的权利时，法治原则正在遭受极大破坏。"【引自《波士顿环球报》2006年6月11日的社论。】

假设李文和在为他受到的疆梦般的不公正待遇寻求救济时，一部《联邦新闻保障法》就已经存在的话，那么对那些写下危害性报道的记者的传唤就可能被撤销，而无法获知"提供情报"者的名字将使李被迫放弃他的诉求。这样的情形是一个公平的社会希望看到的吗？这对于媒体真正有好处吗？又或者它只会进一步强化公众对于媒体的印象——如此傲慢自大，要求特殊待遇？

正如詹姆斯·麦迪逊早就说过的那样，媒体在抗衡官方权力滥用方面发挥着关键性作用。不过，媒体也并非永远都是个好人。她有可能蜕变为对当局俯首帖耳、惟命是从的婢女，甚至更糟，就像南非布特莱齐案中显示的那样。

在南非种族压迫时期，一份名为《直击焦点》（To the Point）的新闻杂志发表了一篇有关黑人部长、神学博士布特莱齐（Manas Buthelezi）的文章。该文指出，根据"可靠的信息来源"，布特莱齐博士在公开场合主张实行和平改革，私下里却宣扬"暴力变革"。【引自《直击焦点》杂志1970年2月1日版。】这样的攻击在当时实行种族隔

离的南非可谓是最危险的指控，足以将布特莱齐博士打入大牢，甚至送上刑场。布特莱齐诉《直击焦点》诽谤，并且要求获知所谓“可靠来源”者的尊姓大名。【布特莱齐案：Buthelezi v. Poorter and Others (1975), 4 So. Afr. L.R. 608。】杂志编辑辩称有权保守秘密。法庭驳回了编辑的辩护理由，作出了有利于布特莱齐的判决结果。一段时间之后，随着南非“信息丑闻”的曝光，信息部一份内部资料显示，《直击焦点》的那篇文章竟然出自秘密警察之手。

如果美国的某一公众人物在遭到诋毁性攻击后想要提起诽谤诉讼，根据最高法院的诽谤规则，他／她必须证明被告清楚自己的攻击是虚假的或者全然不顾攻击的真伪与否。这一规则给了媒体极大的保护，事实上等于是要求受害者必须举证撰文者在发表攻击性文章以前都知道些什么。如果记者们面对需要他们回答的问题缄口不语，那么受害者基本就只能自认倒霉了。有些人的生活因失实报道而被改变，却不能成功地恢复名誉，这不是一个文明社会所乐见的结果。在诽谤案中已获得极大保护的媒体不能指望再在其他案件中享有更多的证言特权了。

如果记者拒绝说出攻击原告的秘密信息提供者的姓名，诽谤案的结果也不会因此将他／她送进监狱。法官所能做的，就是提示陪审团可以推定秘密来源实际并不存在。这样的规则有效地迫使媒体在登载任何贬损性报道时，要么必须掌握至少一个公开的信息来源，要么就得准备好对簿公堂时支付足够的赔款。如今，很多州都开始适用这样的审判方式。

在刑事案件中，如果记者的证词成为诉讼关键，对公诉人来说，获取证词是理所当然的事。不过，在被告以及我们后来认识的司法公正看来，可能就有所不同了。假如记者掌握的秘密信息有利于被控谋杀的被告，那他／她是否应该保守秘密？

类似的情形很像是在《纽约时报》记者迈伦·法伯（Myron Farboer）案中上演的一幕。【新泽西州最高法院对于法伯案的判决：Matter of Farber, 78 N.J. 259 (1978)。】1975年，法伯撰写了一系列有关新泽西州哈肯萨克市某医院发生的离奇死亡报道。报道称，该院的某位医生——法伯隐瞒了其姓名，只称其为X医生——使用毒素谋杀了五位病人。新泽西当局重启该案的死亡调查并起诉了一位外科医生

马里奥·杰斯卡列维奇（Mario Jascalevich）。杰斯卡列维奇的律师要求调阅法伯的采访笔记，称笔记可以显示信息提供者告诉给记者的情况与报道中公开述称的情况存在诸多不一致之处。法官遂令法伯交出笔记，后者拒绝了这一要求，被判藐视法庭罪入狱六个月。因为拒绝应讯，《纽约时报》也不得不支付了总额10万美元即每日5000元的罚款。新泽西州颁布了《新闻记者保障法》，法伯于是寻求该法的保护。然而，州最高法院坚持认为该案应该服从被告方获得证据的宪法权利。

就在狱中度过四十天后，法伯得到新泽西州长布伦丹·伯恩（Brendan Byrne）的特赦，《纽约时报》也获退此前支付的28.6万美元的罚款。毫无疑问，迈伦·法伯坚持了原则，被告律师寄望在他的笔记中发现点什么蛛丝马迹的机会看来相当渺茫。但我们很容易从这样的案例中看出，如果记者要保守从刑事被告那里得到的信息，其情形往往会演变成一场道德考验。

真实的情况是，支持证言特权的各方都存在着道德或者其他方面的重大利益。媒体的确需要利用其秘密线人，而有时候试图隐去自己名字——比如在李文和案和布特莱齐案中——的各方也会各怀目的。双方都存在共同利益这一事实要求记者在对待他们所依赖的秘密讯源这一问题时需要格外小心。首先，在针对个人的贬损性评价中摘引匿名信息就是明显错误的做法。比如，“市长利用职权收受贿赂”——一位知情人士告知《号角日报》（Daily Bugle）这样的新闻不仅仅是对市长公不公平的问题，一旦该市长提起诉讼，它简直就在自找麻烦，只能等着被起诉公开“秘密来源”的姓名。媒体现已逐渐理解了过度使用“不透露姓名的”信息来源的可能后果。《纽约时报》因此作出这样的内部规定，凡需保密的资讯，编辑必须要被告知理由，尤其要对那些匿名的贬损性评论的使用严加控制。

在布兰兹伯格案判决作出的三十五年后，我们很清楚地看到，第一修正案并没有打算给媒体对信息来源的保密需要和司法程序调查记者掌握的证据之间的矛盾提供一个解决方案。在一系列相关案件中，低级别法院态度鲜明地驳回了媒体的宪法主张，最高法院对于重新审议这一问题也显得毫无兴趣。看来，通过第一修正案来为记者的证言特权正名的机会似乎还很渺茫。

记者们主张宪法性权利所遇到的麻烦，主要来自于第一修正案保护出版自由的一般性司法程序。自1931年始，最高法院便使媒体摆脱了事先限制（尼尔诉明尼苏达案）；随后，媒体也不必再为其出版内容而受到惩罚（《纽约时报》诉沙利文案）。不过，在法官们看来，这一系列变化并不意味着第一修正案对获取信息作出过任何承诺，由此产生的抱怨越来越集中在大门紧闭的审判室里。在最高法院关起门来审理案件的过程中，媒体没有任何特殊途径能接触到审案信息，他们强烈呼吁审判室应更大限度地向公众开放。【封闭（不公开审理）的法庭判决：Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)。】为了能使其宪法性特权的声明奏效，媒体劝说法院采纳两个新步骤：第一，最高法院有权决定第一修正案赋予媒体接触非公开性信息的权利（尽管是有限度的）；第二，最高法院应强调通过以上途径获得信息必须遵守保密义务。

记者和他们的律师在谈及第一修正案保障“出版”自由时，常认为这种保障也及于特定的机构——组织化的出版机构。事实上，斯图尔特法官的确曾在演讲中提到过这样的观点。【斯图尔特的演讲：1974年11月2日在耶鲁法学院的演讲，转载《哈斯丁斯法律期刊》第26卷第631页（1975）。】然而，在18世纪，当时根本就不存在类似于今天的大型出版社这样的机构。修正案所承诺的“言论或出版自由”，仅仅意味着涵盖了口头和书面两种表达方式，小册子和书籍也得与新闻报纸享有同等地位。一旦保护某一特定机构的论调被弃置一边，记者们在法庭上要求得到特殊待遇的宪法性主张便更加难以为继了。

所有这一切都表明，记者的证言特权问题与其说是宪法问题，不如说更是一个公共政策问题。宪法并没有创生出一项类似盎格鲁-美利坚法中的权利：律师不得作出不利其委托人的证言，医生对病人、配偶的一方对另一方也是如此。为了适应人们的感情需要，法院和立法机构认可和采纳了上述权利。1975年，国会立法将联邦司法程序固定下来，法官被授权“基于理性与经验……并依据普通法原则及其合理解释”，保障特定当事人的基本权利。【1915年国会法案：《联邦证据规则》第501条。】由此，最高法院承认律师与当事人、妻子与丈夫以及精神病医生与病人之间谈话的保密特权。

2005年，美国哥伦比亚特区联邦上诉法院戴维·塔特尔（David Tatel）法官提出，联邦法院应该动用1975年法案的授权，赋予新闻记者“有限特权"（qualified privilege）。他说，“理性与经验”呼唤法院采取相应措施，因为媒体在曝光官方滥用权力方面扮演了如此重要的角色；并且，已经有四十九个州（除怀俄明州以外）通过立法或司法判例等不同形式地承认了媒体特权。

塔特尔法官谈到“追求真理的两大机构——大陪审团和媒体之间的冲突”。他提倡一种能平衡各方利益的“有限特权”，这一点与此前斯图尔特法官在布兰兹伯格案异议中提出的三步法（three-part test）是不同的。【塔特尔的评论：Judge Tatel explained his proposal in a concurring Opinion in In re Grand Jury Subpoena, 397 F. 3d 964， 986 (D.C. Cir. 2005)。】塔特尔指出，如果是政府在调查泄密的来源，那么，这个三步法就失灵了；因为惟一可能知道真相的人只能是泄密者本人和新闻记者，政府常常表示再无第三证人可选。然而，塔特尔法官认为，法院应该权衡两种彼此冲突的利益：一方面是强制性披露对象的利益，这取决于披露所造成的危害；另一方面是新闻采集所包含的公共利益，这取决于所披露信息的价值。举例而言，如果政府想要查清是谁泄露了布什总统下达的不经合法审查即可实施窃听的命令，法院就应该斟酌泄密所造成的危害和信息对于公众的重要性之间的冲突。依我之见，后者明显更为重要，而记者也当有权为其信息来源保守秘密。

塔特尔法官的“有限特权论”并不能次次确保媒体在法庭上获胜，甚至可以说完全做不到这一点。从他力推这一理论的数个案件结果便不难看出：《纽约时报》的朱迪斯·米勒（Judith Miller）以及《时代周刊》的马特·库珀（Matt Cooper）均因藐视法庭而受到司法制裁。下述议题将涉及伊拉克大规模杀伤性武器的泄密问题。2003年，布什总统在一次演说中曾说，有情报表明伊拉克正筹划从非洲尼日尔购买铀矿石，由此显示了萨达姆·侯赛因制造大规模杀伤性武器的决心。2003年6月6日，《时代周刊》登载了一篇前任大使约瑟夫·威尔逊（Joseph Wilson）的署名文章，称他曾被派往尼日尔调查此事，最后发现该情报失实。【约瑟夫·威尔逊关于尼日尔的报道：“在非洲，我没有找到……”，载《纽约时报》2003年7月6日第9版第1栏第4段。】他的文章惹恼了布什政府。不久，罗伯特·诺瓦克（Robert Novak）——一位

保守派专栏作家——撰文指出，有高层人士透露，威尔逊的太太维莱里娅·普蕾·威尔逊（Valerie Plame Wilson）是中央情报局（CIA）秘密特工，正是她推荐其夫接手调查工作的。曝光中情局秘密特工的名字有可能构成犯罪，一位特别公诉人受命对此展开调查。他要求米勒和库珀在大陪审团面前交代是谁告诉他们威尔逊和普蕾的关系，遭到二人拒绝。库珀最终还是屈服了；而米勒在得到她的信息来源——副总统迪克·切尼的办公室主任李维斯·莉比（Lewis Libby）的允许之前，已在监狱里待了八十五天。米勒最后说出了莉比的名字，随后被释放。

米勒和库珀对藐视法庭的判决提出上诉。当一纸诉状摆在上诉法院的庭上时，塔特尔法官认为可将“有限特权论”适用于案件审理，他的同事则不同意此一观点。塔特尔撰写了一份司法意见，试图在案件事实中贯彻他的建议，并且得出结论：两位新闻记者在本案中不应享有证言特权。他说，一方面，文章所披露的内容——中情局特工的名字——是一个非常严重的问题，甚至可能构成犯罪；另一方面，新闻所具有的价值——维莱里娅·普蕾的名字以及她的职业问题——又是非常“边缘化”的。

作为一名法官，戴维·塔特尔享有极高声誉，同时，他对第一修正案也具有特殊的敏感。媒体及其律师都认为塔特尔的观点是偏见或不公的产物，但谁也无法成功地说服他改变心志。由此看来，媒体最好把这一案件视为提醒他们不要走得太远的警告，借以时时告诫自身不要与法律和公共意见的主流隔离开来。

其实，早在多年前，新闻界最伟大的朋友威廉·布伦南法官就曾给出了这样的逆耳忠告。1979年，新闻机构在输掉了最高法院的一桩官司后，愤怒地声称宪法正在被蚕食。布伦南法官提醒媒体，在发表上述声明时应该更加谨慎和宽容。他补充道：“尽管这样说也许有些违心，然而媒体必须意识到：它们应当与其他机构一起更好地适应社会利益的一系列变化。”

# 7　恐惧本身

1918年年初，美国刚加入第一次世界大战，蒙大拿州颁布了一部《蒙大拿州反煽动叛乱法》（the Montana sedition law）。该法案规定：在战争时期，凡“散布、印刷、撰写或者出版任何对政府、宪法、国旗或者美国军服不忠的、亵渎的、暴力的、下流的、蔑视的、丑化的或者辱骂的言论”，或者发布任何可推定为“藐视、嘲讽、侮辱、诋毁”言论的，均构成犯罪，处以最高2万美元的罚金及最长二十年刑期的监禁。

在接下来的一年里，七十九位蒙大拿人因为冲撞这一暧昧的言论标准而锒铛入狱。在这些被判刑的人当中，一位地产商仅仅是说了一句“因为我不买自由公债也不去扛那该死的国旗，他们就叫我德国鬼子”。一位牧场主因被一直赖着不走的租户告发而被捕。一个酒业公司的旅行推销员因称战时食品管制是一个“天大的玩笑”而被定罪，这个倒霉鬼有可能得做上八年半到二十年的苦工。更多的受害者则只不过因为在沙龙里谈了谈“国事”。

州和地方委员会意志坚定地推行着他们的爱国主义理念。蒙大拿国防委员会出台了一条禁止在学校和教堂使用德语的命令。【蒙大拿州有一些德裔人群的社区。】在刘易斯敦，一伙暴徒冲进一所中学，卷走了所有德语教材，当街焚烧。新闻报纸频频散布德国阴谋论的紧张气氛。《赫勒拿独立报》（Helena Independent）的编辑威尔·坎贝尔（Will Campbell）警告说，一群危险分子已经悄悄潜入美国。在散布了某些神神秘秘的飞机目击事件的谣言后，他又撰文说，“德国人是不是正打算轰炸蒙大拿的首府？”

蒙大拿离欧洲战场如此之远，在人们的心目中，它本该是最后一块被敌军威胁所笼罩的宝地。然而，这段让人难以置信的往事直到2005年一本书的出版才又被发掘出来：《黎明前的黑暗：美国西部的煽动叛乱罪与言论自由》（Darkest Before Dawn: Sedition and Free Speech in the American West）。该书作者克莱门斯·沃克（Clemens P. Work）供职于蒙大拿大学密苏拉分校新闻学院，我前述提及的例证都来自这本书。沃克的著作引发了意想不到的后果。蒙大拿大学法学院

的学生按图索骥调查了书中所举的诽谤案件，与当初被判刑者的家属取得了联系，并帮助他们起草了一份特赦请愿书。2006年5月，蒙大拿州长布雷恩·施魏策尔（Brian Schweizer）为这批已经过世的因1918年法案而获罪的七十八名“罪犯”平反昭雪。【七十九名“罪犯”中，有一名在早前获得特赦。】施魏策尔发表了一个声明，称他下面所说的话本应由起草这部法律的州长萨姆·斯图尔特（Sam Stewart）来说“我很抱歉，祈求宽恕。天佑美国，我们每个人都有批评政府的权利。”

蒙大拿在一战期间的爱国主义狂热病仅是全国性症候的一个例证。事实上，《蒙大拿州反煽动叛乱法》正是国会在威尔逊总统竭力敦促之下通过的《联邦反煽动叛乱法案》（a federal Sedition Act）（第一部反煽动叛乱法，即1798年《反煽动叛乱法案》）的蓝本。《联邦反煽动叛乱法案》与《蒙大拿州反煽动叛乱法》惟一的区别仅有无关痛痒的三字之差。在艾布拉姆斯诉合众国一案中，惩治从纽约城大厦楼顶散发传单的激进分子的，正是这部法案；激发霍姆斯法官写下著名的第一份言论自由异议（“这是一次实验，生活本身就是一次实验。”）的，也正是这部法案。

《联邦反煽动叛乱法案》及其于战时修正的1917年《反间谍法案》将几乎所有被最高法院确凿定罪以外的难以定性的牺牲者“一网打尽”。克莱门斯·沃克的书中引证了克拉伦斯·沃尔德伦（Clarence Waldron）的案件。沃尔德伦是佛蒙特州温莎地区的五旬节牧师，因为在圣经讲习班上宣扬“基督徒不应成为战争的一部分”以及“你宝贵的热血不值得为国家而流”而被起诉。陪审团认为他的言论显示了一种“想造成不服从、不忠诚或者拒绝义务”的目的，沃尔德伦因此被判有罪并处十五年监禁。超过2000名美国人，其中大部分并不比克拉伦斯·沃尔德伦更危险，也因《反间谍法案》和《联邦反煽动叛乱法案》而遭到起诉。

国家总会周期性陷入恐慌——被警察操纵的恐慌，这几乎成了美国社会的一个显著特征。1798年，法国的雅各宾派被视为图谋渗透的恐怖分子，甚至明智如阿比盖尔·亚当斯者也同样被恐怖所左右。19世纪中期，不可知论党（Know-Nothing Party）频频宣扬罗马天主教移民的危险势力。第一次世界大战后，政治煽动家们竭力说服美国人他们正处于来自极端分子的致命威胁中。

当然，没有哪个社会能对恐惧的毒素免疫。德国是历史悠久的文化大国，而在该国历史上占有重要地位的犹太人几乎被那个反犹刽子手“清洗”殆尽。对美国而言，虽然也面临着前所未有的经济困难，它还从未经历过类似魏玛德国的灾难。按照通常的理解，幅员辽阔、资源丰厚的美国也许应该对恐慌少些过敏才对。然而，这个想法不断被历史证明只是一厢情愿而已。即使是在二战之后经济迅猛发展的年头，新一轮“红色恐惧症”（Red Scare）依然有增无减。【20世纪50、60年代，美国笼罩在“红色恐惧”之中。殖民地国家独立后的社会主义运动、古巴导弹危机等使得美国惧怕共产主义多米诺骨牌倒向身边。越南战争就是美国想扭转多米诺骨牌“倒”的方向而发动的所谓“捍卫自由世界”阵营之战。——译者注】负责搜捕共产主义分子的国会委员会得到相当多的民众支持，这支恐惧与仇恨的合奏曲在参议员乔麦卡锡的指挥下，于20世纪50年代的美国达到了高潮。

第一次世界大战期间美国上下集体发作的“爱国主义高热病”在战后被第一波“红色恐惧症”所取代。苏联的布尔什维克革命引发了对各种激进主义的恐慌——害怕社会主义分子、共产主义分子以及无政府主义分子。资本家们看到罢工队伍中革命者们林立的手臂，对于激进联盟世界劳工组织（IWWW）的活动更是不寒而栗。政治家们上演了一幕幕恐惧的苦情戏。二十个州颁布法案严禁“犯罪工联主义”（criminal syndicalism）。这些法律将加入宣称以暴力达到政治目的的组织定为犯罪，不论被告是否同样保持这一目的或者是否采取过任何此类行动。【在惠特尼诉加利福尼亚一案审理中，法官就适用了《加利福尼亚州犯罪工联主义法案》（California's Criminal Syndicalism Act），这一案件引出了布兰代斯关于言论自由的经典论述。】

1919年，美国众议院拒绝承认威斯康星州社会党党员维克多·伯格（Victor Berger）当选。1920年，纽约州议会也如法炮制驱逐了五名当选的社会党议员。这一举动引起了查尔斯·休斯的强烈反对。休斯曾经担任过纽约州州长及最高法院法官，他在1916年总统大选中作为共和党候选人以微弱劣势败给了伍德罗·威尔逊。1930年，休斯被任命为大法官。休斯说，这是“一起严重的反民众的错误……它切断了民众通过投票箱参与和平治理的惟一的途径……”【查尔斯·休斯：参见克莱门

斯·沃尔克（Clemens P. Work）著《黎明前的黑暗》（Darkest Before Dawn）一书，新墨西哥大学出版社2005年版，第240页。】

伍德罗·威尔逊，一位积极的民主党人，在任总统期间推行过重要的经济改革措施；然而，在公民自由——包括言论和出版自由方面，却留下了劣迹斑斑的记录。他组织起草了钳制言论的1917年《反间谍法案》和1918年《联邦反煽动叛乱法案》，竭力劝说国会将出版任何可能对敌军有利的言论定为犯罪。此提案一出，即招致各家报纸社论的强烈批评，国会最终否决了这一提案。他的邮政局长阿尔伯特·伯利森（Albert Burleson）同样不遗余力地实行邮件检查，企图阻止任何他所谓"批评战局"的言论。比如，他曾明确表示，"报纸不得散布所谓政府受华尔街、军火供应商或者其他任何特殊利益集团控制的言论。"【伯利森：同上，第10页。】

但是，给那个年代打上最富戏剧性的时代烙印的，还是要属威尔逊的司法部长米切尔·帕尔默（A. Mitchell Palmer）。在他的指示下，司法部门先是在1919年11月，继而又在次年1月发动了两次突袭，逮捕了超过4000名所谓的激进分子。所谓的"帕尔默突袭"，其目标直接指向外国人，其中大约有800人在这次行动中被驱逐出境。埃玛·戈德曼（Emma Goldman）就是其中最著名的人士。在将她驱逐出境的听证会上，戈德曼表达了与查尔斯·休斯类似的观点，"公民能够自由表达其希望与意愿，乃是一个健全社会最大且惟一的安全所在。"【埃玛·戈德曼：这段评论出现于其自传《我的生活》（Living My Life），多佛尔出版社1970年版，第2卷第704页。】

第一修正案是对美国人作出的庄严承诺：他们可以奉其所信，言其所思。然而，恐惧与压制一次次卷土重来。男人和女人被追捕、被凌辱，因他们的言论和信仰而被惩罚。我们只能寻求法院来维护我们对于自由的忠诚。这本书，也和其他书一样，希望能够绘制出司法判决中美国自由的航图。然而，法院似乎很难成为自由言论的坚定不移的守护者。

法院对于遏制1798年《反煽动叛乱法案》的恶劣影响几乎无所作为。在其自动失效以前，该法的合宪性问题从未受到过明确地质疑；最高法院的法官们就像初级法院法官一样，毫无障碍地适用该法。麦迪逊、杰斐逊和支持者们起草了自由提案反对《反煽动叛乱法案》。

正是政治家们而非法官们提醒时人与后世，这部法案亵渎了我们神圣的自由。法院在第一次世界大战期间及其结束后，在阻止“帕尔默突袭”及其他政府压制活动方面毫无建树。最后是迫于查尔斯·休斯、泽卡赖亚·查菲教授以及其他自由主义人士的舆论压力，这一政策才逐渐得以转变。值得一提的是，某些盘根错节的大牌媒体并未能站在捍卫自由的最前线，反倒沦为了政府的应声虫。越来越多的私人组织，比如始建于1920年的美国公民自由联盟（American Civi lLiberties Union），开始发挥领导作用年，勒尼德·汉德法官曾在纽约中央公园的一次战时集会上发表讲话。这次以“自由精神”为主题的讲话在日后频频被引用：“我时常担忧，是否我们对于宪法、法律和法院不再抱有多大希望？没错，这些都只是虚假的希望。自由存在于每个人心中，男人和女人。一旦信仰之火熄灭，便没有什么可使它复活——宪法、法律乃至法院，无论它们做什么都无济于事。而如若人们心中存有自由，则宪法、法律和法院都是多余的了。”

汉德法官的雄辩为后世所铭记，他的这番讲话也道出了自由的真谛。一个不懂得珍视自由的社会同样也不能指望通过法院来保持自由。不过，这段文字多多少少也存在一些容易误导他人的夸大之处。现代历史表明，法院通过判决鼓励追求自由的行为已经发挥了不小作用。正像亚历山大·汉密尔顿形容的法官一样，霍姆斯和布兰代斯既无刀剑又无钱袋，但他们有笔墨。他们用笔持续不懈地提醒人们对第一修正案许下的庄严承诺，这些不朽篇章在其后的20世纪为推动美国社会的言论自由发挥了重要作用。

我们不妨来回顾一下最高法院在1925年至1937年这十二年间所判决的案件。1925年，吉特洛诉纽约一案中，最高法院坚持认为极端分子吉特洛有罪。【吉特洛案：Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)。】被告本杰明·吉特洛被控印发了一个左翼小团体宣言，该宣言号召群众行动起来，为迎接一场“无产阶级的革命专政”而奋斗。不过，没有证据表明他正在发动立即革命或者从事任何暴力活动。霍姆斯和布兰代斯法官依据“明显而即刻”原则对判决结果提出了异议。霍姆斯法官认为，“所谓以暴力推翻政府，正是被告和他的左翼团体所抱持的政治信念的一部分，而这一企图并没有带来任何即刻的危险。”他接着又写道：

*有人说，本案中的宣言不仅是一种理论，更是一种煽动。事实上，每一种思想都是一种煽动。思想本身就会提供一种信念。因为惟有相信它，才会照着它去行动；除非它被别的什么信念所取代，或者在采取行动之初，即因缺乏影响而告夭折。在更为严格的意义上，意见表达和煽动之间惟一的区别仅在于，说话人对结果所抱的热情。滔滔雄辩可能使理智着火。但是，无论你如何看待摆在我们面前的这份冗长说辞，它都没有机会立刻燎起一场熊熊大火。从长远来看，如果宣言中传达的无产阶级专政的信念最终会被大多数人接受，那么此时言论自由的惟一价值就在于，给它们一个机会，让它们得以表达。*

霍姆斯在反对意见中不改他一贯的犀利文风，称吉特洛宣言不过是“冗长说辞”，从而将此案及其类似案件置于现实主义视野之下。对美国社会而言，本杰明·吉特洛不足以构成威胁。几十年后，人们最感好奇的倒是当局为什么要找他的麻烦。同样的情形也发生在数以千计的因触犯类似《蒙大拿州反煽动叛乱法》、《联邦反煽动叛乱法案》和《反间谍法案》等法律而发起的讼案身上。但是，最高法院的大多数法官依然坚持认为激进分子是有罪的，因为他们发表了带有他们不赞同的“倾向”的言论。【吉特洛案判决重要的现实意义还在于，由爱德华·桑福德法官（Justice Edward T. Sanford）执笔的多数意见首次接受了第一修正案保护言论和出版自由免受联邦压制的原则也同样适用于各州的主张。从此，受第一修正案保护的自由也进入了各州审理的案件。】

1937年，最高法院作出的两个判决，开始转而厌恶对于激进主义的恐惧。其一是德扬诉俄勒冈案（De Jonge v. Oregon）。【德扬案：De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937)。】德克·德扬（Dirk De Jonge）因为违反了《俄勒冈州犯罪工联主义法》而被判有罪。当时，他正在协助筹备一个由共产党主办的会议，此次会上并没有号召暴力活动或者“犯罪工联主义”。裁定德扬有罪的惟一依据仅仅在于这次会议是共产党召集的。

最高法院一致同意推翻德扬的原审判决。大法官休斯撰写的法庭意见并没有在本案是否会带来造成某些实质性的明显而即刻的危险问题上多费笔墨。相反，大法官将焦点集中在言论及同样受第一修正案保护的集会自由的普遍重要性上。（“国会不得制定关于下列事项的法

律：……剥夺言论或出版自由；或剥夺人民和平集会和向政府请愿伸冤的权利。”）休斯写道：“公民的和平集会权与他们的言论出版自由是同出一源的权利……为讨论合法议题而举行和平集会不构成犯罪。同样，为采取和平的政治行动而召开会议也不能被禁止。在这一点上，我们不能给那些坚持要举办此类会议的人贴上罪犯的标签。”

德克·德扬在上诉时，其所处的法律环境已与本杰明·吉特洛以及其他早年间败诉的原告大不相同了。透过各种差异，人们可以感觉到司法态度的转变以及对言论自由越来越强烈的需求。如果是在霍姆斯就艾布拉姆斯案发表异议的1917年，德克·德扬不会赢得诉讼；抑或是艾妮塔·惠特尼案发生的1927年，他也同样不可能如此幸运。

最高法院在1937年审理赫恩登诉劳里案（Herndon v. Lowry）时遇到了更大的困难，有利于言论自由的裁决结果最终以5票对4票的微弱优势取得胜利。【赫恩登案：Herndon v. Lowry, 301 U.S. 242 (1937)。】安杰洛·赫恩登（Angelo Herndon）是佐治亚州共产党的一名黑人领袖：担任这样一个角色必须要有加倍的勇气。因为其在共产党内的特殊地位，他被控“企图煽动暴乱”而触犯了佐治亚州的法律。该党号召南部黑人聚居区实行“自决”，不过没有证据表明赫恩登曾以个人名义鼓吹过此类观点或者极力向党内同仁推销这些理论。

欧文·罗伯茨（Owen J. Roberts）法官在多数意见中集中讨论了赫恩登所发表的言论到底表明了什么，又不能表明什么。罗伯茨写道，赫恩登在“共产党内地位以及他对其他党员的鼓动完全不能达成煽动他人暴乱的企图。在这些情况下，对于享有自由裁量权的陪审团而言，将在党内任要职以及鼓动其他党员的行为定为犯罪，甚至处以死刑，这是对公民言论自由的不正当的侵犯。”持反对意见的一方则由威利斯·范·德文特（Willis Van Devanter）法官为代表发表了他们的看法。德文特法官指出赫恩登所设定的目标听众——南部黑人的危险性。他写道，赫恩登的宣传鼓动，“无不针对那些狂热分子，这些人无论过去还是现在，都极易盲从他那火药味十足的煽动言论”。

1937年两起案件的判决——德扬案和赫恩登案——显示了早年间在法院占据主流的对激进意识形态的恐惧情绪的退潮，取而代之的是言论自由精神的兴起。在此有必要提及发生在1940年的肯特韦尔诉康涅狄格州案（Cantwell v. Connecticut），借以标示言论自由精神究竟

走出了多远。【肯特韦尔案：Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940)。】肯特韦尔是耶和华见证会的一名巡回牧师，他被其罗马天主教邻居们起诉攻击教廷、破坏和平。这起案件并不涉及对于极端教义的恐惧，法律议题也已不同。但是，罗伯茨法官在推翻原判的法庭意见中，明确指出了言论自由在法院所关注的利益格局中的地位：

*宗教信仰和政治信仰是常常发生激烈对立的两大领域。为某人所坚守的信条，在他的邻居看来，却可能是荒谬的无稽之谈。我们都知道，为了能说服其他人接受自己的观点，传教士往往不惜求助于夸大其实、出尔反尔甚至是明显错误的论断。但是，尽管不乏（自由）滥用和过度的例子，先贤们还是规定了言论自由，因为从长远来看，这些自由对一个民主国家促成开明的公民意见和正当的公民行为，实为至关重要。*

对美国来说，第二次世界大战较之第一次世界大战更是一个前所未有的大威胁。1941年12月7日，作为美国海军重要组成部分的太平洋舰队在珍珠港遭到日军毁灭性的突袭。“珍珠港事件”后不久，富兰克林·罗斯福总统采取了一次可能是美国有史以来于战时或紧急时期最严重剥夺宪法权利的行动，授权军事指挥官驱逐西海岸所有日裔居民。西海岸地区大约有12万人因此流离失所，其中超过8万是美国公民，他们被隔离在荒凉的“再安置营"（relocation camps）长长的铁丝网后面。为什么会发生这样一幕？恐惧。恐惧再一次成为了统治人们内心的理由——政客们到处散布日本人即将入侵美国的恐慌。富有人道精神的厄尔·沃伦（Earl Warren）——他当时是加利福尼亚州司法部长，不久任该州州长，再后来成为最高法院大法官——压下了这道驱逐令，他说，我们很难辨识一个忠诚的和一个不忠诚的日裔美国公民之间究竟有什么区别。事实上，二战期间没有一个日裔美国人因为任何形式的忠诚调查遭到起诉。

由于最高法院拒绝宣布驱逐令非法，这场公民权利的灾难变得更加严重。1944年，在是松诉合众国案（Korematsu v. United States）中，最高法院坚持认为加利福尼亚的弗雷德·是松（Fred Korematsu）违反军事命令，构成犯罪。【是松案：Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)。】弗兰克·墨菲（Frank Murphy）、欧文·罗伯特

（Owen J. Roberts）以及罗伯特·杰克逊（Robert H. Jackson）法官提出反对意见。杰克逊撰写了意见书，他写道：

*一个军事命令无论怎样违宪，也很难长过战时紧急状态所持续的时间。（然而，）一旦司法意见确认了这样的军事命令，则表明它就是合宪的。换一个角度，这相当于重新解释宪法以表明宪法认可了该命令。如此一来，法院实则是将刑事司法程序中的种族歧视以及强迁公民的临时命令变成了永久有效的原则。继而，此类原则就会像上了膛的武器，被置于当权者的股掌之间，并随时准备炮制那些似是而非的所谓“满足紧急需要”的措施。*

“日裔居民再安置计划”并没有摧毁第一修正案。在言论和出版自由方面，二战期间的社会记录远远好过一战时期。有部分同情德国的人士被起诉，但并未引发将无辜男女大规模投入监牢的民众恐慌。而在一战期间，美国人可是会因拒绝购买自由公债而锒铛入狱。二战时，升国旗仪式上加入了忠诚测试，拒绝向国旗敬礼的孩子被赶出了公立学校的大门。这些孩子是耶和华见证会的信徒，他们称自己的宗教信仰禁止这样的做法。1940年，在迈纳斯维尔学区诉戈比蒂斯案（Minersville School District v. Gobitis）中，最高法院驳回了孩子们的请求，只有大法官哈伦·斯通（Harlan F. Stone）一人提出反对意见。【迈纳斯维尔案：Minersville School District v. Gobitis，310 U.S. 586（1940）。】判决结果遭到广泛批评，仅仅三年后，最高法院改变了心意。在1943年的西弗吉尼亚州教育委员会诉巴尼特案（West Virginia Board of Education v. Barnette）中，6票对3票的绝对多数意见认定强制他人向国旗敬礼侵犯了第一修正案。【西弗吉尼亚案：West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)。】杰克逊法官起草了多数意见，他这样写道：

*强制性地保持观点一致，所能获得的只是墓地般死气沉沉的一致。我们要不厌其烦地老调重弹：先贤们制定第一修正案，其目的正是在于通过禁止这样的开端以避免这样的结局……我们之所以能够拥有富于理智的个人主义和丰富多彩的文化多样性，乃是因为我们拥有种种特立独行的心灵，而为此所需付出的代价仅是容忍偶尔的离经叛道和荒唐念头。如果这样的离经叛道和非同寻常无伤他人和国家的利益——正如本案中所涉及的问题——那么，付出的代价便不算太大。*

*不过，允许差异的自由并不仅仅局限于那些无足轻重的事项；否则，那不过只是自由的泡影。自由的实质标准，正是对现存秩序的核心表示异议的权利。*

*如果说我们的宪法星空还闪烁着永远的恒星的话，那么它便是：任何官方、权威以及大受欢迎者都无权规定什么是政治、国家、宗教或者其他思想问题方面的正统，或者强迫公民用语言或行为承认其正统地位。*

杰克逊法官提出的第一修正案禁止各州强迫公民宣誓效忠的原则在三十四年后被最高法院适用于一对耶和华见证会信徒夫妇的上诉案。【车辆牌照案：Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977)。】这对夫妻在其新罕布什尔州的车辆牌照上印上了一句耶和华见证会的座右铭，"不自由，毋宁死"。大法官沃伦·伯格（Warren E. Burger）说，第一修正案保障的思想自由"包括了自由说话的权利，也包括保持沉默的权利"。

到二战结束时，第一修正案在法院乃至在整个国家都占据了相当重要的位置。那些因为批评政府或官员而被送进监狱的法律观点已成为历史。但是，相当一段时间内，国家又笼罩在新一轮红色恐惧症的阴影中。恐惧吞噬了言论和结社自由，法院没能及时、有效地回应这种挑战。

与苏联的冷战加深了这种恐惧。二战末期，苏共对东欧国家（波兰、捷克斯洛伐克等国家）的控制取代了德国的占领，苏联军事力量膨胀，军备竞赛不断升级。而德国本身则为东西方世界所瓜分，也成了紧张局势的发源地。在美国，野心勃勃的政治家们不断强化恐怖印象：不忠的美国人正在协助共产主义运动。1946年，共和党人入主白宫，随即由众议院委员会召开了针对反美活动的听证会。会上描画了一幅共产主义者正在全面渗入中学、大学、媒体甚至好莱坞的可怕景象。影片导演和编剧被要求出席作证，其中十人拒绝出席，这就是所谓的"好莱坞十君子"案（Hollywood Ten）。【第二次世界大战后，麦卡锡主义横行。以新泽西州当选议员J·帕奈尔·托马斯为首的"非美活动调查委员会"在1947年9月向四十一位包括众多知名编剧、演员和导演在内的证人发出传票。其中不愿妥协的十人（包括九名编剧和一位导演）拒绝回答"非美活动调查委员会"的询问，并对"非美活动调查委员

会"表示质疑和蔑视，被合称为“好莱坞十君子”。“好莱坞十君子”最终因蔑视国会罪被判入狱。其后，有不少持左翼立场或同情共产主义的演员、编剧和导演被列入好莱坞黑名单，被列入好莱坞黑名单中的部分人，只有使用假身份才能得以暗中继续从事电影工作。“非美活动调查委员会”在1951年举行了更多听证会，由于拒绝在听证会上指证或曾发表被视为等同于支持共产主义声明的缘故，超过三百名编剧、导演和演员失去了工作。——译者注】这十个人因为藐视国会而被传讯，继而在此罪名下遭到指控。

看来媒体送给他们的绰号“不友好的证人”真是名副其实。十被告声称，强迫他们交代所参加的集会以及其他成员的名字，严重侵犯了第一修正案赋予的言论和信仰自由。然而，辩护理由未获成立，部分被告因藐视法庭被判入狱，其余侥幸逃过一劫的人也遭到公开羞辱，被扣上了“颠覆分子”的帽子。好莱坞演员的名字出现在电影业的黑名单上，《红色频道》（Red Channel）杂志印制了一份据称是亲共人士的广播运营商名录，名录上的很多人从此便在广播和电视上销声匿迹了。

1959年，最高法院在巴伦布莱特诉合众国案中再次遭遇第一修正案。【巴伦布莱特案：Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959)。】劳埃德·巴伦布莱特（Lloyd Barenblatt）是瓦瑟学院的一名讲师，他因拒绝向非美活动调查委员会（Un-American Activities Committee）提供过去和现在的共产党成员名单而被定罪。最高法院以5票对4票驳回了他的宪法权利主张。哈伦法官撰写了多数意见，强调国会在负责调查颠覆活动中的利益优先于巴伦布莱特所称的信仰自由的隐私权。他说，法庭认为，委员会在立法过程中亦有利益存在，并非如巴伦布莱特所说的那样，仅仅是为了曝光而曝光。布莱克法官对此则提出了反对意见，认为：“（多数意见）置巴伦布莱特在沉默中的真实利益于不顾，置民众加入社团、宣扬立场、甚至犯下‘政治错误’的利益于不顾。民众有权根据自己的意愿做出选择而不必担心政府秋后算账。恰恰是这种权利，这种容忍政治错误的权利，方能使我们的国家保持强盛。”

此后几年，最高法院在另一起案件中修正了前见，认定立法调查违反第一修正案。案件的缘由，起于新罕布什尔州出台的一项古怪程

序。依据该程序，州司法部长自行成立了一个服务于立法机构的一人调查委员会。当时，新罕布什尔州在政治上为极端保守势力所把持。保罗·斯威齐（Paul Sweezy），一位左翼经济学家，拒绝向司法部长回答他此前在新罕布什尔大学演讲以及进步党（一个左翼的第三党派）的相关问题。最高法院以6票赞成3票反对的结果最终推翻了斯威齐藐视法庭的原审判决。【斯威齐案：Sweezy v. New Hampshire，354 U.S. 234（1957）。】其中的关键性意见是由法兰克福特与哈伦法官（他们两位是当时法院中的保守主义领袖）联合发表的，主要集中在第一修正案问题上。法兰克福特力图平衡两种相互竞争的利益：

*公民在政治忠诚方面的隐私权神圣不可侵犯，它是我们这个社会的重要福祉——不得因其是所谓的对抗州的利益而被蚕食。进步党追求的利益对于威胁新罕布什尔州的安全而言，简直微不足道……当我们最终意识到官方干预大学学术自由所导致的严重危害，强迫证人交代其所做演讲就再也没有正当性可言了。*

法兰克福特在1939年被罗斯福总统任命为最高法院法官之前，一直是哈佛法学院的教授。他在司法意见中为学术自由而辩的观点经常为其后的大学论战所引用。在某种意义上，第一修正案保障学术生活的论断也是对媒体持续要求在第一修正案中占据优先位置的呼声（尽管总是很难成功）的一种回应。

斯威齐案给予了被控参与共产主义社团的当事人以第一修正案保护，然而，这一判决结果在很长时间内只能独木苦撑。那些求助于法院反抗恐怖的政治支配的人注定要失望而归。就在众议院非美活动调查委员会积极搜查“赤化分子”的同时，参议院委员会也不甘示弱。以参议员乔·麦卡锡为首的永久调查委员会（Permanent Investigations Subcommittee）简直名噪一时——当然，用另一些人的话来说，应该是臭名昭著。20世纪40年代后期以及整个50年代，行政部门在这场“反共圣战”中也是不遗余力的。

哈里·杜鲁门总统推行了一次波及整个行政部门的忠诚度调查。大批忠诚度可疑的政府雇员被扫地出门，因为他们被认为加入了“危险组织”。忠诚度调查委员会依据告密者的指控便可作出判决，而被告发者对于告密者的姓名以及证词内容往往一无所知。许多人在这几年间努力促使最高法院能够认识到：这样的审判方法剥夺了宪法赋予被告的

正当程序权利，简直就是法国大革命后随便把那些冤大头送上断头台的翻版。然而，这些努力还是失败了。忠诚度调查以及杜鲁门政府的其他反共措施是冷战时代的产物，部分反映了当时美国人对共产主义渗透的普遍心理。当然，民主党此举还有另外一个目的，即回应共和党人的指责：共和党总是攻击他们“对于共产主义太过软弱”，这一政治论调在参议员麦卡锡炮轰罗斯福自1933年第一次宣誓就职以来的二十年是“叛国二十年”之后达到最高潮。

按照杜鲁门的计划，被怀疑不忠的政府雇员将在特别委员会前接受聆讯，不过聆讯缺乏必要的公正程序。所有指控建立在匿名者的告密之上，不需经过交叉询问；指控的内容，也多游离于能被理智地认为是威胁政府安全的隐患之外。多萝西·贝莉（Dorothy Bailey）在政府部门担任闲职，在聆讯会上她被一个委员会成员这样问道：“你是否曾经在一封写给红十字会的信中谈及血统隔离？”贝莉是一名黑人，布尔茅尔学院的毕业生。在霍姆斯法官基金资助的《美国最高法院史》第12卷，威廉·温策克（William M. Wiecek）是这样评价这段小插曲的：“甚嚣一时的种族歧视和性别歧视也传染了背景调查程序（the security screening process），有的调查员甚至巴不得将民权活动家和公民自由论者连根拔除。”【温策克关于背景调查程序的评论：参见威廉·温策克，“现代宪法的诞生：美国最高法院1941-1953”，载《美国最高法院史》第12卷（vol. 12 of The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States），剑桥大学出版社2006年版，第583页。】

因为“有合理的根据表明，你的信仰不够忠诚”，多萝西·贝莉被解除了联邦永久雇员职务。多萝西·贝莉因此提起上诉，质问为何不能与秘密检举她的人直接辩论。美国哥伦比亚特区联邦上诉法院以2票对1票驳回了她的诉讼请求。官司打到最高法院后，一位法官缺席裁判，其余八位法官的意见则以4票对4票打成平局，这样的结果实际上是维持了上诉法院的判决。最高法院对忠诚度调查程序中秘密信息的使用这一棘手问题采取了绕道走的做法。

那个时代堪称伟大的法律试验直到1951年最高法院审结丹尼斯诉合众国案（Dennis v. United States）时方才到来。【丹尼斯案：Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)。美国第二巡回区上诉法院的判

决：Dennis v. United States: 183 F. 2d 201 (1950)。】在该案中，杜鲁门政府起诉共产党的领导集体，有十一人被控阴谋“教唆或鼓吹以武装或暴力手段颠覆、破坏美国政府”。他们并没有被控实际企图颠覆或者阴谋采取这样的行动，起诉的罪名仅仅是阴谋鼓吹颠覆——这点区别常常被围绕审判展开的诸多讨论所忽视。该党在自己的书面文件中曾公开表示放弃使用武力，但是为控方作证的该党前党员们则说这些宣扬支持和平演变的声明不过是为了隐藏暴力目的的“伊索式语言”。大陪审团认定十一名被告罪名成立。

美国第二巡回区上诉法院按照德高望重的勒尼德·汉德法官的意见支持了原判。他为霍姆斯的“明显而即刻的危险”原则提供了一个新标准：“危险的邪恶程度因其不必然发生而有所减弱，恰恰可以证明为避免该危险发生而限制言论自由是必要且正当的。”如果察觉危险是非常严重的，那么压制就是正当的——哪怕这种危险的实际发生只有很小的几率。这样的“比例原则"（sliding scale）为最高法院首席大法官弗雷德·文森（Fred M. Vinson）所采纳，有罪判决得以维持。

法律理论的精巧并不能掩盖丹尼斯案真正发生了什么。从世界范围看，苏联代表了深刻的危险；而在美国，公开活动的共产党并不足以构成对美国现存政治制度的威胁。真正具有威胁的是苏联掌控的间谍网络，这场间谍危机的扩大化直到1995年“薇诺娜”文件（Venona document）的解禁才得以真相大白。“薇诺娜”文件是由美国情报部门破获的苏联方面的电报，电报显示苏联曾密集地利用美国共产党员和秘密支持者来获取安全信息。美国官方几乎在同一时间查获了“薇诺娜”电报，但是在丹尼斯案中，他们选择起诉的罪名不是共产党领导人实施或者支持间谍活动而是控告共产党领导人阴谋教唆、鼓吹暴力革命。这样做的目的何在？西北大学法学院马丁·雷迪什（Martin H. Redish）教授的观点让我很是信服，他指出，一种可能的解释可以从联邦调查局（Federal Bureau of Investigation，简称FBI）局长埃德加·胡佛（J. Edgar Hoover）的预期目标中得到答案：其用意在于向这个国家传递一个信息——“坚持不受欢迎的政治思想是要以自身的安全和前途为代价的”。【雷迪席教授的文章：73 U. Cin. L.R. 9 (2004)。】简言之，起诉丹尼斯和其他人教唆煽动罪从头至尾都是政治性的。

不仅如此，颇具讽刺意味的还有案件审理中适用到的法理：经过汉德法官修正的“明显而即刻的危险”原则。汉德从未对此项原则发表过任何赞赏，他也不认为该原则是对第一修正案的合理解读。在汉德看来，这一原则的成功不过得益于霍姆斯的个人威望而已，“这一次，‘霍默’点头了”。【“霍默点头了”：引自勒尼德·汉德著《权利法案：霍姆斯演讲录》（The Bill of Rights: The Oliver Wendell Holmes Lectures），发表于1958年，哈佛大学出版社1962年版，第59页。】在第一次世界大战期间，当时还是联邦初审法官的汉德，在审理激进杂志《群众》诉邮政局长伯利森一案中，就曾提出了一条不同的审判思路。汉德认为，问题的关键在于导致政府行为的言论或出版物是否表达了意欲制造不法后果的倾向。不过，他的这一思路随后被上诉法院否认，直到丹尼斯案时还备受冷落。汉德于是不得不追随霍姆斯的思路，尽管他对霍氏观点的接受远远弱于霍姆斯本人的阐发——霍姆斯认为，只要某行为的后果不至造成即刻危险，那么即使是非法诉求也应受到保护。就他个人的看法来说，汉德认为政府起诉丹尼斯无可无不可。他在给朋友的信中称，“要是我的话，我才懒得跟这帮家伙一般见识。”【“懒得跟这帮家伙一般见识”：引自杰弗里·斯通（Geoffrey R. Stone）著《危险的时代：战争时期的言论自由，从1798年反煽动叛乱法案到反恐战争》（Perilous Times: Free Speech in Wartime, from the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism），美国诺顿图书出版公司2004年版，第395页。】

最高法院的布莱克和道格拉斯法官提出了反对意见。布莱克法官写道：“时至今日，已经很少有公众舆论会对法院维持共产党员有罪的原判提出抗议。然而，如果是在一个更为平静的时代，当现时的压力、狂热和恐慌渐渐平息的时候，我们就有希望看到，最高法院迟早还是会将第一修正案保障的自由放回到它们在一个自由社会本应有的优先位置。”

言论和信仰自由在第二波红色恐慌中遭到严重践踏。国会听证会、丹尼斯获罪、联邦忠诚度调查以及联邦和多数州出台的反共法案差点把那些最勇敢的美国人都改造成了温顺羔羊。在1930年到1943年（这一年，巴尼特升国旗案审结）期间，被最高法院作出过宽泛解释

的第一修正案被逼到一个局促的境地。最高法院的判决显示，它无意于站到布莱克法官所称的普遍“狂热和恐慌”的对立面上。

但是，国内局势很快发生了变化，民众对于搜捕共产主义分子的支持随着麦卡锡的过气和过世而迅速消退。1954年，这位一度风光无限的参议员遭到了严厉批评。1957年，耶茨诉合众国案（Yates v. United States）中，最高法院在哈伦法官所撰写的法庭意见中指出，该法律所禁止的鼓吹暴力推翻政府的宣传，只有当其为实现该目的而付诸实际行动时才告成立，否则它就仅仅是一种荒谬的主张而已。【耶茨案：Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957)。】

该意见中所称的“该法律所禁止的鼓吹暴力推翻政府”的法律，实则针对的是《史密斯法案》（Smith Act）。该法案将加入共产主义政党的行为定为犯罪。为了能够增强该结社条款的“合宪性”，政府起诉了某些据称是“活跃分子”的共产党党员。【当时，一位司法部门的律师不无嘲讽地对我说，“如果只是党员的活，还不够格被定罪……”他提高了调门继续道，“你必须还得是积极分子！”】在这样的情况下，最高法院以5比4的票决确认北卡罗来纳州共产党员朱尼厄斯·斯凯尔斯（Junius Scales）罪名成立。【斯凯尔斯案：Scales v. United States, 367 U.S. 203 (1961)。】曾经在纽伦堡审判中担任过公诉人的哥伦比亚大学法学教授特尔福德·泰勒（Telford Taylor）请求肯尼迪政府为斯凯尔斯的五年刑期减刑。尽管担心引起政治对抗，司法部长罗伯特·肯尼迪（Robert Kennedy）还是提出了减刑要求并得到肯尼迪总统的批准。斯凯尔斯成为《史密斯法案》的最后一个牺牲品。

1969年，最高法院采纳了认定鼓吹暴力或非法行为的新标准。在布兰登伯格诉俄亥俄案（Brandenburg v. Ohio）中，一名三K党领导人在集会上公开攻击黑人和犹太人。最高法院推翻了布兰登伯格案的原审判决。【布兰登伯格案：Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)。】最高法院指出，若要达到构成犯罪的宪法标准，则此种鼓吹或宣传行为必须能够：（1）“激起或制造急迫的非法行动”；（2）“或者导致类似的行动”。此标准包含两个要素：其一，涉及说话者的意图，这追随的是汉德法官的路线；其二，“急迫”一词，又综合了霍姆斯法官的理论。如果依照上述原则，丹尼斯等人的行为并没有构成犯罪。

布莱克法官呼唤的“更为理智的时代”终于到来，第一修正案又回到了它本应占据的尊崇位置。最高法院雄心勃勃地对一系列反共法案实施了违宪审查。1965年的拉蒙特诉邮政局长案（Lamont v. Postmaster General）是其中颇为有趣的一个案例。【拉蒙特案：Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965)。】随着冷战不断升级，政府采取了一项限制美国人接收苏联出版物（比如《真理报》（Prawda））的措施。当邮局收到这类出版物后，官方会向该出版物所标明的投递地址发出一张要求回复的登记卡，收信人则需明确答复他是否愿意得到这份“共产党的政治宣传册”。肯尼迪上台后，取消了这项措施；与此同时，国会在不断高涨的反共浪潮的压力下，又将这一措施写进了法律。这些投寄地址中的大部分是图书馆，它们本可勇敢地挺身而出，表明希望得到这些“共产党的政治宣传册”。然而，只有一个个人订户，科利斯·拉蒙特（Corliss Lamont）挑战了这一法案。最高法院最终认定该法违宪，道格拉斯法官说，“几乎可以肯定，要求回复登记卡具有十足的威慑力……有一些政府职员，比如没有签订无期限合同的教师，他们可能会担心，一旦订阅了政府声称的包含有叛国种子的读物，就将惹祸上身。”拉蒙特案是第一例认定联邦法律违反第一修正案的案件。

然而，时代并没有就此平静下来。拉蒙特案后不久，国家又陷入了越南战争的漩涡中。1968年的芝加哥民主党大会见证了反战示威者与镇压示威的警察方阵之间的激烈巷战。林登·约翰逊（Lyndon Johnson）总统以个人名义严厉谴责了这次示威游行，称有些知名度极高的专栏作家，如沃尔特·李普曼（Walter Lippmann）和詹姆斯·赖斯顿（James B. Reston）也受到了共产主义的蛊惑。不过，他并没有像威尔逊总统那样，为了压制政治异议而频繁动用联邦检察权。有些反战组织，比如后来所称的“芝加哥七君子”（Chicago Seven）遭到起诉。他们的案件后来演变为一场与脾气火爆的朱利叶斯·霍夫曼（Julius Hoffman）法官的较量。最终，所有在初审判决中被定罪的案件都在上诉中被推翻了。

1968年，理查德·尼克松当选后，分裂进一步加深。学生抗议者占领了几所著名大学，尼克松提到这些抗议者时一直使用“无赖”（these bums）一词。【“流氓”：引自理查·尼克松1970年5月1日与五角大楼雇

员的非正式谈话。】1970年4月30日，尼克松在白宫发表全国讲话，言称要将越南战争推向柬埔寨，以告诫敌人不要错误地认为美国只是个“可怜而无助的巨人”。数天之后，在俄亥俄州的肯特州立大学，国家警卫队向手无寸铁的学生们开了枪，四名学生死亡。

最高法院对越战骚乱的反应，与1919年时向威尔逊政府妥协的态度明显不同。其中，标志性的案件应属1966年邦德诉弗洛伊德案（Bond v. Floyd）。【邦德案：Bond v. Floyd, 385 U.S. 116 (1966)。】朱利安·邦德（Julian Bond）在佐治亚州议会代表选举中获胜，但随后议会投票取消了他的代表资格，因为他没有诚实地宣誓支持佐治亚州和联邦宪法。邦德是民权运动中著名的黑人领袖，他在一个由学生非暴力协调委员会（Student Nonviolent Coordinating Commitee）发起的学生运动声明上签过字。该声明称，“我们同情、支持那些不服从这个国家征兵制度的人。”

邦德向佐治亚州立法委员会解释说，他并没有挑动民众违反法律，只是想尽力“表明他很钦佩那些勇于坚持信仰的人，他们很清楚自己将面临什么样的严重后果”。最高法院一致认定立法机构开除邦德的决定违反了第一修正案。首席大法官沃伦的意见指出，依据宪法，邦德在声明上署名不构成犯罪——这一点是无须讨论的。我们不要忘记，前社会党领袖尤金·德布斯在一战期间也曾因发表过类似声明而被判十年监禁；1919年，最高法院一致认定他的罪名成立。

尤金·德布斯在1921年获得了沃伦·哈定（Warren G. Harding）总统的特赦。1920年，国会废止1918年《联邦反煽动叛乱法案》。1976年，杰拉尔德·福特（Gerald Ford）总统承认，1944年日裔美国人被赶出西海岸的这一天是“美国历史上最糟糕的日子”。1988年，罗纳德·里根（Ronald Reagan）总统签署了一项国会法案，宣布对1944年再安置计划中的幸存者给予适当补偿，并称这一计划主要归咎于“种族偏见、战时癔症以及政治领导的失误”。

长期以来，恐慌和压制总是反复出现；当恐慌退潮，随之而来的又是悔恨和道歉。但是，这样的循环模式在21世纪初的第一波恐怖浪潮中被打破。2001年9月11日，世贸大厦遭袭，恐怖主义激起的恐慌情绪笼罩全美。布什总统利用这种恐慌实施了一系列严重践踏宪法的行动。他授权对关押在古巴关塔那摩基地以及其他中情局秘密监狱中的

恐怖组织嫌犯动用酷刑或刑讯逼供。这一行径违反了美国加入的《日内瓦公约》以及联邦刑事法律。他下令窃听私人的国际长途电话，触犯刑法；同时还默许在未经审判或无律师到场的情况下，对怀疑与恐怖分子有联系的美国公民实施无限期拘押。

正如他本人所说，这场不知终于何时的反恐战争不同于以往任何时代的战争与恐惧。你很难设想全世界恐怖分子摇旗称降的那个胜利时刻，也很难想象深入人心的头号恐怖分子奥萨马·本·拉登（Osama bin Laden）登上美国船只前来自首的那一幕——就像日本首脑在二战结束时所做的那样。因此，要预见悔恨以及向反恐战争的残酷做法道歉的时刻何时到来，也是相当困难的。

诸如无限期拘押以及酷刑之类的措施没有一丝一毫第一修正案的影子。在一个人道而自由的社会里，言论和出版自由不是惟一的试金石，免于非法逮捕、拘留和刑讯逼供的自由同样关键。美国宪法的制定者们最为担心的是集权，所以有意建立防范集权的制衡体制。然而，布什政策的目的恰恰是立宪者们想要极力避免的：不受政府其他部门制约的单边权力——当然，也包括媒体的制约。布什政府想用美国历史上最大规模的秘密政治来排斥媒体审查和公众监督，甚至连向公众开放的文件都实施了分级制。曝光如窃听令一类秘密政令的记者遭到了间谍罪起诉的威胁。

在一个对自由做出过宪法承诺的国家，尤其需要更多的东西来抵制恐惧和它的操纵者？那就是勇气。在这一关键时刻，这个国家需要男人和女人、律师和记者以及全体公民的勇气。二战期间，蒙大拿州的两位前辈已然做出了表率：伯顿·惠勒（Burton K. Wheeler）和乔治·波奎恩（George M. Bourquin）。惠勒是美国联邦地方检察官，因其在二战前作为独立参议员而声名鹊起，波奎恩则是蒙大拿州惟一的联邦巡回区法官。正如克莱门斯书中所述，惠勒在1918年成功说服了大陪审团，判定四十八名因诽谤罪遭到起诉的人无罪。【应当说，大陪审团也同样不乏勇气，因为陪审员们的姓名都被公布在判决书上。】惠勒替大陪审团起草了一份声明："通过大量的案件……我们发现，所谓'诽谤言论'和'叛国言词'都是被高度渲染和夸大的……证词掩盖了盘踞在很多人心头的某种恐慌情绪的苦涩……"【惠勒的声明：引自沃尔克著《黎明前的黑暗》一书，第113页。】

蒙大拿州的反间谍起诉最终未能如愿，这得归功于惠勒和波奎恩法官的努力。波奎恩法官收到过一位当事人的人身保护权申请书，这位当事人因拒绝亲吻美国国旗而遭该州反煽动叛乱法制裁。法官认为联邦法院无权介入这一裁定，但是他写道：

与宗教相类似，爱国主义也是一种不可或缺的高贵品质，爱国情绪高涨无可厚非。但是……当它发展为一种狂热，就会像历史上出现过的圣巴塞洛缪大屠杀、宗教裁判所、史密斯菲尔德的烈火、塞勒姆的绞架一样残忍血腥，一样应受谴责。以爱国的名义，如同以自由的名义一样，多少罪恶假汝以行！几乎在每一个时代，都不乏追逐异端的猎手和烧死女巫的警察。爱国主义，如同宗教狂热，是伪善者们最为欢迎的面具，标榜着他们并不认同的美德。【波奎恩法官：同上，第118页。】

令我大感兴趣的是，数十年后，当罗伯特·杰克逊法官在撰写埃伦·克瑙夫（Ellen Knauff）案的司法意见时，他是否也读到过波奎恩法官的这段文字。【克瑙夫案：Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950)。】在这起案件中，克瑙夫被控危害国家安全。杰克逊法官写道，“安全，正如自由，多少罪恶假汝之名而行！”

## 8 “另一个人的抒情诗”

1971年2月22日，在最高法院的议事厅，加利福尼亚大学洛杉矶分校的法学教授梅尔维尔·尼默（Melville B. Nimmer）教授站起身来准备为他的当事人保罗·罗伯特·科恩（Paul Robert Cohen）进行辩护。【科恩案：Cohen v. California, 403 U.S. 15, 24-25 (1971)。关于此案的评论，参见70 Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law 828 (P. Kurland and G. Casper eds. 1975)。】在他开口说话前，首席大法官沃伦·伯格提醒道，“最高法院对本案的事实构成已经很清楚了，大可不必在事实问题上过多纠缠。”尼默表示他将尽量简略地陈述案件事实。在这起保罗·罗伯特·科恩诉加利福尼亚案（Robert Cohen v. California）中，他的当事人因“实施了（反对征兵的）过激行为”而被定罪。尼默说，“其实这位年轻人所做的，只是穿着夹克在洛杉矶法院的走廊里走了一圈……夹克后背印着‘Fuck the Draft’。”

这些字眼正是大法官伯格不愿在议事厅里听到的。当天的庭审现场，恰好有一群修女在座，因此伯格似乎变得格外敏感。不过，尼默认为法官刻意回避这些字眼的意图是想放弃案件，他是明智的，也不乏勇气，并且最终赢得了这起案件。最高法院以5票对4票的决定推翻了科恩的有罪判决，认为原判侵犯了原告在第一修正案下的表达自由。

约翰·马歇尔·哈伦法官起草了此案的法庭意见，为这桩并不起眼的偶然事件写下了有关表达自由的辉煌评论。“一个人的粗话却可能是另一个人的抒情诗，”哈伦这样说。在越战时期，科恩抒发的这种“不体面的感叹”成为政治抗议的一种表达方式。哈伦法官接着说：

*表达自由作为宪法权利，在我们这个拥有众多人口和高度分化的社会，不失为一剂良药。这一权利的创设，正是为了能解除政府设置在公共讨论之上的诸多限制，为了能将何种观点应当发表的决定权最大限度地交回到每个人手中。我们希望表达自由最终能创造一个更加有力的公民社会和更加优良的政治制度；我们相信，不可能有其他任何方式能与美国政治制度所赖以凭靠的个人尊严和选择相适应……从*

*这个意义上来说，如此这般时常充斥着刺耳杂音的社会氛围，并不意味着软弱，而恰恰是力量的体现。*

在分析科恩的表达行为的过程中，哈伦法官特别强调的是该行为的政治性。不过，导致科恩被捕的起因是其表达内容中存在的“性侵犯”，长期以来，官方坚持不认同以性为内容的表达，这一直是美国法律争端中的一个主要议题。

20世纪早期，曾有一系列文学作品，如劳伦斯（D.H. Lawrence）的《查泰来夫人的情人》（Lady Chatterly's Lover）以及西奥多·德莱赛（Theodore Dreiser）的《美国悲剧》（An American Tragedy）因为内容淫秽而遭到查禁。法官认为，作品中的淫秽内容一经传播，即有可能对容易受影响的读者（尤其是未成年人）造成不良影响。1933年，美国海关查获了一本詹姆斯·乔伊斯（James Joyce）的《尤利西斯》（Ulysses）。这部小说在今天被誉为大师之作，然而，自1920年“纽约扫黄协会”（New York Society for the Suppression of Vice）投诉小说中出现主人公利奥波德·布卢姆手淫的情节后，该书一直遭到查禁。在海关查收小说案初审之后，联邦地方法院的约翰逊·伍尔西（Johnson M. Woolsey）法官认为《尤利西斯》不能算作淫秽作品。他采用了一条新的标准，即站在一名普通读者的角度，根据全书主要基调所产生的效果来加以判断。【伍尔西的观点：United States v. One Book called "Ulysses", 5F Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933)。】这一更为宽容（或者说更为成熟）的标准随后得到广泛的采纳。

1948年，最高法院受理了一起轰动一时的大案，这就是《赫科特县回忆录》案（a ban on Memoirs of Hecate County）。【赫科特县案：Doubleday & Co. v. New York, 335 U.S. 848。】小说出自著名的文学枇评家埃德蒙·威尔逊（Edmund Wilson）之手，遭查禁的原因是书中描写了一位女性的性高潮。由于一名法官缺席，最高法院的判决意见再度以4票对4票的结果陷入平局。这一案件或许是最高法院最后一次支持制裁严肃作品的审判。

最高法院第一次作出关于疑似淫秽出版物审查机制的广泛声明是在1957年的罗斯诉合众国案（Roth v. United States）。【罗斯案：Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957)。】萨姆罗斯因为邮寄淫秽广告违反相关联邦法律而被定罪。最高法院维持了原审判决，但其法庭意见

却显得有些模棱两可。意见认为，淫秽出版物不受第一修正案保护；但对于淫秽出版物的界定，不能随意扩大化。布伦南法官说，任何“哪怕只有极少社会重要性的思想——离经叛道的念头，有争议的想法，甚至是为当前舆论所痛恨的思想”都应受到第一修正案保护。但第一修正案的历史表明，淫秽出版物从来都被认为“毫无任何社会重要性可言”。1792年，十四个州中有十三个州确认了宪法对诽谤起诉的保护，也就是说，“咒骂，亵渎，或者两者兼而有之，均构成犯罪”。布伦南法官接着说，“显而易见”，淫秽出版物与诽谤一样，都“不受言论和出版自由的保护”。【布伦南法官说出这样一番话，应该是很不寻常的；因为他并不是一个宪法解释的“原意主义者”，也极少通过第一修正案的历史来证明自身的观点。仅仅在七年后的《纽约时报》诉沙利文案中，他就终结了诽谤不受第一修正案保护的历史。】

“然而，”布伦南法官话锋一转，“性与淫秽并不是同义词……文学及科学作品中的性描写本身并不能构成宪法拒绝给予其言论和出版自由保护的理由。性是人类生命中一股伟大而神秘的动力，是从古至今一直为人们津津乐道的话题，也是与人类利益和公共关注息息相关的重要问题。”由此，布伦南法官提出了认定淫秽的新原则：按照当代社会共同体的标准，整部作品的主要基调是否会激起平常人的性欲。

道格拉斯和布莱克法官对此提出了异议，他们坚持第一修正案保障绝对自由的立场。道格拉斯在附议中称，第一修正案旨在“禁止法院和立法机关权衡言论的价值”。同时，道格拉斯又声明他“对于人们自觉抵制垃圾文学的能力相当有信心，正如我同样相信他们在宗教、经济、政治以及其他领域的鉴别力一样”。

影视业对于最高法院的冲击也不亚于书刊作品。相当长时间以来，影片都被排斥在宪法保护之外。然而在1952年，最高法院终结了这种观念。在伯斯泰因诉威尔逊案（Burstyn v. Wilson）中，最高法院取消了纽约州对于影片《奇迹》（The Miracle）的禁令。【伯斯泰因案：Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952)。】根据这一禁令，影片《奇迹》被认为亵渎了基督教。法院裁定这种主题审查机制是违宪的，汤姆·克拉克法官表达了他的观点：各州“在保护所有或任何宗教免受令其不快的非议方面不存在合法利益……”

针对影片主题的审查机制是让最高法院感到棘手的一个问题，影片中出现的性挑逗场面则又是另一个难题。由罗斯案设下的淫秽认定标准很难推行。像其他人一样，法官在特定影片是否“激起性欲”以及何谓“当代社会共同体”等关键问题上无法取得一致意见。很长一段时期，法官们都是靠在法院大楼放映室里观看受审影片来作出裁决的。道格拉斯和布莱克法官从未到过放映室，因为他们认为没有任何影片应该被禁。其他法官则悉数就座。哈伦法官那时已经视力极差，他带了一个法官助理以便随时告诉他影片正在放些什么。

可想而知，判决结果相当混乱。在许多案件的审理中，最高法院仅仅是简单地发布了一个推翻或者支持原判的命令；至于这个结论是怎么来的，很少或者根本不做出解释。而对于另外的一些案件，意见相持不下的法官们则给出了自相矛盾的司法意见，你根本无从知晓占主流的意见到底是什么。在1964年的雅各贝利斯诉俄亥俄案（Jacobellis v. Ohio）中，斯图尔特法官做出了一个广为征引的论断，他指出合宪的刑事反淫秽法仅仅只能适用于“赤裸裸的色情描写”（hard-core pornography）。【雅各贝利斯案：Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964)。】斯图尔特法官并不确定他能明智地定义何谓淫秽，他说，“不过，让我亲眼看一下，我就知道是怎么回事了。很明显，本案所涉及的影片并非如此。”紧接着，布伦南法官又为其在罗斯案中所设定的标准补充了一个新要素，那就是，被禁的作品必须是“毫无社会价值的”。【布伦南法官所说的“毫无社会价值”：引自Memoirs v. Massachusetts, 383 U.S. 413, 418 (1966)。】时至1973年，最高法院的大多数法官都向本地社区要求有更大权力界定、禁止淫秽出版物的呼声投降了。持反对意见的布伦南法官承认，他在罗斯案中力图设定的标准并没有发生作用。【布伦南法官在反对意见中承认，他所设定的标准在米勒诉加利福尼亚州（Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)）一案中被推翻。】法官声称，他要抛弃所有加诸涉嫌淫秽作品之上的限制——除了保护儿童或者防止“没有思考能力的成年人”（unconsenting adult）不受色情作品的侵扰以外。

在那些年月，最高法院简直就像一个国家电影审查委员会，整天忙于应付这项费力不讨好的任务。批评家们指出，电影审查不光是一个令人泄气的举动，而且已经超出了第一修正案的保护范围。耶鲁法

学院罗伯特·博克（Robert H. Bork）教授坚称，第一修正案关于言论出版的保护应该限制在政治表达的范围内。“法院要介入保护其他任何形式的表达，都是没有根据的，不管这些表达是关于科学、文学，还是淫秽或者色情。”【博克的论点：引自罗伯特·博克撰，“中立原则与第一修正案相关问题”（Neutral Principles and Some First Amendment Problems），载《印第安纳法律杂志》第47卷第1页（9171）。】博克强调，一旦超出了明确的政治界限，法院就会被卷入原本应该留待政治进程解决的价值判断之中。他不同意霍姆斯、布兰代斯以及自1930年以来法院关于宪法的所有解释，他认为第一修正案不应保护公然鼓吹违反法律或推翻政府的言论。【博克后来成为法官，并曾被里根总统提名为最高法院法官，但未获参议院通过。】

在保护性表达这一敏感议题方面，批评家可谓见仁见智。一派观点认为，允许色情出版物的存在将会导致社会更加庸俗堕落。博克声称，色情作品“造成社会道德和艺术氛围的污染，正如烟尘之于大气污染”，是时候“转变我们对于爱和性的态度了……有必要重新审视我们有关婚姻和家庭等社会制度的诸多观念”。

或许是受到“色情也是某种形式的污染”这一观念的影响，又或许是因为布伦南法官一再提醒“没有思考能力的”成年人很容易受色情作品的刺激，相当数量的城市对成人影院的经营位置进行了限制。1986年，最高法院以5票对4票的结果通过了一部地方法规的合宪性审查。【成人区案：City of Renton v. Playtime Theatres, 475 U.S. 41 (1986)。】该法规规定，成人影院不得位于距离居住区500英尺以内的区域。在最高法院眼中，受联邦通信委员会（Federal Communications Commission，简称FCC）管理的电视台和广播电台一度就是蛊惑“无思考能力”受众的危险源头。1978年，最高法院支持FCC对一家广播电台的处罚决定，该电台因在播放喜剧演员乔治·卡林（George Carlin）的独幕剧中出现“七大脏词”而触犯法律。【“七大脏词”案：FCC v. Pacifica Foundation, 738 U.S. 726 (1978)。】

另一派反对给予色情作品宪法保护的观点是由著名的女权主义法学教授凯瑟琳·麦金农（Catherine MacKinnon）提出的，她认为色情出版物是歧视女性的表现。【凯瑟琳·麦金农：《言辞而已》（Only Words），哈佛大学出版社1993年版。】印第安纳波利斯市出台的一

个惩治色情出版物条例正是建立在这一理论基础上，不过，该条例被第七巡回区上诉法院裁定违宪。【印第安纳波利斯案：American Booksellers Association v. Hudnut, 771 F. 2d 323 (1985)。】1986年，由里根总统的司法部长埃德温·米斯（Edwin L. Meese）亲自任命的一个委员会宣布：涉及性暴力的题材可能引发反社会行为，并且可能增加人们对“妇女喜欢被强迫进行性行为”这一命题的接受度。这一结论引来了众多争议，委员会提供的相关数据也受到广泛质疑。【米斯委员会：《司法部长委员会关于色情问题的最后报告（1986）》（Final Report of the Attorney General's Commission on Pornography, 1986。】

有太多理由可以用来反驳这些批评，并支持给予艺术、文学和科学表达，当然也包括性表达在内的宪法保护。狂热的表达者们已经与各种审查制度一起，被铭记于美国的历史。政治家们更是发现这一方法极易迎合那些门肯（H.L. Mencken）——这位才华横溢、出语刻薄的批评家所称的“愚民众生”（booboisie）的胃口。【门肯（H.L. Mencken，1880-1956）新闻记者兼散文家，20世纪20年代美国知识生活的中心人物。他主编的《时髦者》（Smart Set）和《美国信使》（American Mercury）是当代最有影响力的杂志。他以讥讽刻薄的写作方式嘲弄那些沾沾自喜的中产阶级商人、思想狭隘的美国文化生活以及严厉肃穆的美国清教徒。他创造的新词“布拨依瑟”（booboisie），特指中产阶级组成的“笨蛋”，有人又译作“愚民众生”或“乌合之众”，意在颠覆中产阶级社会奉若神明的一切价值。——泽者注】约翰·伍尔西等独立法官坚决地站在甚至连读也没读过、就叫嚷着要查禁《尤利西斯》的暴民的对立面；最高法院站稳立场，对抗本地压力集团要求当局封杀影片《奇迹》的呼声。一个全国性的宪法法院自有其存在的价值，面向全体民众的健全心智而开放的表达不应被局限在政治范围内。

更有甚者，性与政治还可以掺和在一块。科恩诉加利福尼亚案（Cohen v. California）便是如此，步此后尘的是1988年最高法院受理的《好色客》诉福尔韦尔案（Hustler v. Falwell）。【《好色客》案：Hustler v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)。】该案事实让保罗·罗伯特·科恩身着低俗夹克的行为更像是在参加一堂主日学课程。堪培利开胃酒发布了题为“第一次”的系列杂志广告——画面上，一群衣着考究的俊男

靓女初次品尝堪培利，当然，这背后是在暗示画面人物初尝禁果。《好色客》杂志（Hustler）随后也发布了一则“模仿性广告”，讲述牧师杰瑞·福尔韦尔（Reverend Jerry Falwell）和他母亲在一间洗手间里发生的“第一次”。福尔韦尔起诉《好色客》诽谤并且故意实施精神伤害。陪审团驳回了诽谤主张，理由是不能将广告视为事实；不过，判决又裁定被告应支付15万美元，以补偿对原告所造成的精神困扰。

在最高法院，一份由“全美政治漫画家协会”（Association of American Editorial Cartoonists）编辑的摘要，被作为《好色客》诉福尔韦尔案的“法庭之友”送交存档。它将美国历史上著名的政治人物逐一刻画成卡通造型，比如乔治·华盛顿是一头驴子，又如托马斯·纳斯特【托马斯·纳斯特（Thomas Nast，1840-1902），19世纪著名漫画家和社论卡通作家，被许多人看做美国政治漫画之父。他因创作了圣诞老人、民主驴和共和象等形象而闻名遐迩。——译者注】（Thomas Nast）笔下的特威德老板和他的政治团伙坦慕尼协会都被画成了秃鹫。在非同寻常的庭审辩论中，这些政治漫画也屡屡为法官们所提及。《好色客》的法律顾问指出，乔治·华盛顿的例证说明，在开放的美国社会，即使受人尊重的领袖也难免被人恶搞。斯卡利亚法官回应说，他认为“老乔治”当然能够忍受这种恶搞，“但是和你母亲呆在同一个洗手间呢？”法院一致驳回了福尔韦尔的损害赔偿请求。由大法官威廉·伦奎斯特（William H. Rehnquist）撰写的法庭意见正是借鉴了《纽约时报》诉沙利文案的先例。首席大法官伦奎斯特认为，即便原告诉其遭受了蓄意的精神困扰，除非他／她能证明被告的言辞出于故意或者全然不顾其真实与否，否则公众人物对于人格尊严的损害赔偿之诉便不能成立。

当今的美国人会发现，他们很难相信哪些东西在过去曾被查禁过，而这个过去离他们并不遥远。1956年，旧金山市书商劳伦斯·费林盖蒂（Lawrence Ferlinghetti）因为售卖艾伦·金斯伯格（Allen Ginsberg）的长诗《嚎叫》（Howl）而遭到起诉。【金斯伯格的《嚎叫》：霍恩法官的未刊意见发表于1957年10月3日，具体参见比尔·摩根（Bill Morgan）与南希·彼得斯（Nancy Peters）编《嚎叫的审判：为表达自由而战》（Howl on Trial: The Battle for Free Expression）一书，城市之光图书有限公司2006年版，第198页。另见，罗纳德·柯林斯

（Ronald Collins）和大卫·什科韦尔（David Skover）著《癫狂：疯狂的生活与一个国家的建立》（Mania: The Madcap Stories of the Lives That Launched a Nation）（资料集，即将出版），第4部分。】地区法官克莱顿·霍恩（Clayton W. Horn）终止了这幕荒唐的书报审查闹剧，他说，“最好的审查方式，是由人民自己担任公众舆论的监护人，而非政府。”

在抑制色情影片方面，法院最终似乎也落伍了。技术进步和公众舆论早已超越了所有法律逻辑的推理范畴。时至20世纪末，数千万美国人正通过个人电脑、有线电视欣赏着斯图尔特法官当年所称的“赤裸裸的色情画面”。联邦通信委员会依然顽强地扮演着道德警察的角色，对2004年“超级碗”橄榄球总冠军赛半场节目中，突然爆出珍妮·杰克逊露乳画面的广播公司施以重罚。不过，大多数美国民众对此也许并不在乎。

其他西方社会的多数民众大概也是如此。比如英国，长久以来一直被认为是传统而保守的国家。若干世纪以来，所有剧目在其制作之前必须先经过宫务大臣的批准。审查官蓝笔一挥，有碍观瞻的部分尽数删除。直到1968年，这一制度才被议会废止。现在，英国（乃至全球）最热销的鲁伯特·默多克集团《太阳报》（The Sun）几乎每天都会登载一幅袒胸露背的模特照片，看上去比珍妮·杰克逊更加诱人。

现在，反对意见或许已经不起任何作用了，但是，反对者们仍然有理由担心色情出版物的泛滥会加剧我们这个社会的堕落。无论如何，《尤利西斯》和所谓成人电影是有区别的。当文学作品不再为爱情与性的微妙宣示留有空间时——那它也不再为简·奥斯丁留有空间——我们就都成了失败者。卫道士们所推行的、禁止美国人阅读乔伊斯和劳伦斯的审查机制是不能接受的；与此同时，无论是法官还是政治家，他们想要把所有事物都整齐划一的任何尝试，都是不可能达成的。

## 9 “盲流和不法之徒”

在狄更斯的《马丁·朱述尔维特》（Martin Chuzzlewit）中，同名主人公搭乘一艘班轮来到美国。那时的纽约港简直是报童的天下，他们手里扬着五花八门的最新小报——《纽约刺客》、《偷窥者》、《家庭间谍》等大声叫卖。“号外！号外！”……“休厄曝光华尔街黑帮，休厄曝光华盛顿劫匪，休厄独家报道国务卿八岁时就是个无恶不作的撒谎精，极具爆炸性，他当年的保姆亲口爆料！”

应该说，19世纪的美国新闻界充满了辛辣而活泼的气氛。不过，令人感到奇怪的是，一个世纪后，当英国媒体在夸大其词方面几乎可以超越狄更斯式的戏谑时，美国的报纸却已经变得越来越郑重其事。

1982年某天夜里，英国无业游民迈克尔·费根（Michael Fagan）闯进白金汉宫，还在女王的卧室里和她聊了一会儿。《星期日人物》（Sunday People）周刊称，他们在读者中做了一个民意调查，询问他们认为女王此刻最有可能在做什么。答案是女王和菲利普亲王应该在双人床上享受他们的温馨夜晚。这则报道在头条标题“给她一个拥抱，菲利普”之下几乎占据了一整版篇幅。

我个人比较欣赏的小报风格，是由英国《太阳报》在1987年开创的。是年2月25日，《太阳报》刊出了一则报道，报道是这样开头的：“艾尔顿·约翰（Elton John）卷入吸食兴奋剂和涉嫌嫖宿未成年牛郎丑闻的漩涡，《太阳报》今日为您揭秘。”“牛郎”（rent-boy）一词是英国媒体称呼男妓的惯用笔法。报道称此消息是由一名叫做“格雷厄姆”（Graham X）的男子提供的。次日，《太阳报》又依据“格雷厄姆”提供的线索继续爆料：“摇滚巨星艾尔顿·约翰喜欢吸食用百元美钞裹制的可卡因。”约翰坚决否认了这两期报道，并且对《太阳报》两次提起诽谤诉讼。接下来的几个月，连篇累牍的报道层出不穷，每篇报道后面紧随而来的便是诽谤传票。最后一篇报道的大标题赫然写着：“艾尔顿让爱狗安静下来的秘密。”据说，约翰实施了一种“恐怖的实验”使他那条“凶悍的德国种罗特维尔犬”安静了下来。约翰再度诉之诽谤，这是他与《太阳报》的战役打响后的第十七次起诉了。

基于某些原因，——或许是出于英国人对狗的喜爱，最后一项指控被安排在最先审理。1988年12月12日，开庭这天一大早，《太阳报》就打出大号标题："对不起！艾尔顿"。这场风波的最后，《太阳报》向约翰支付了100万英镑的损害赔偿，后来又花了差不多50万英镑支付原告的律师费方才了结了总共17起官司。"我们很乐于见到《太阳报》与艾尔顿重修旧好，"报纸这样评价，"我们也为自己被一个生活在虚幻世界的男孩所欺骗而感到遗憾。"看起来，这个"道歉"是为了那个男孩的谎话，而非在检讨编辑的轻信，或者更有可能的，是他们的唆使。

英国编辑和记者们背负的新闻从业者的传统形象比起他们的美国同行可要久得多：声名狼藉，放荡无忌。不过，对于这种老式职业形象最为经典的描写还是发生在美国：20世纪30年代的舞台剧《头版》及其电影版《星期五女孩》。记者们齐坐在写稿间里，一边喝着纸杯里的威士忌，一边开始制贩谎言。主人公把逃犯藏进有盖书桌，无情的编辑勒令所有独家报道必须在导语部分出现报纸的名字（就像《太阳报》关于艾尔顿·约翰的新闻稿那样）。他们是一群草莽记者，明白何时应该远离风险，何时应该抓住机会，既不自命不凡，也不矫揉造作。

时至20世纪中叶，美国记者们开始流行喝白葡萄酒了。他们念过大学，有些还拿了硕士文凭。当然，他们的野心也随之攀升。大牌记者们希望能住在华盛顿，世界的中心；希望能与国务卿共赴晚宴。这样说似乎有嘲讽之嫌，但不算太过分。过去的记者惯于在外奔波，薪水微薄。但是现在，无论在华盛顿还是在其他地方，"名记"俨然成了上流社会的一部分，衣着光鲜，派头十足。他们现在自称"新闻从业者"，而非记者。然而，与权力靠得太近，令人忧虑的危险也随之而来。在华盛顿，这一切简直就在眼皮底下。你能够想象一位知名"新闻从业者"在结束了宴会应酬后，还会回去写一篇批评当晚坐在他旁边的内阁成员的时文吗?

伦敦《泰晤士报》专栏作家伯纳德·莱文（Bernard Levin）曾经严肃地谈到媒体所假设的"责任"（但凡英国人使用"责任"一词时，都是在指对官方机构的责任）。莱文写道，"媒体根本没有义务对官方负责，倘若有一天它们必须承担这种责任时，那只能是自由的灾难……

我们应该也必须继续扮演盲流和不法之徒的角色，因为惟其如此，方能保持对我们生活其间的世界的忠诚，探求其他人无法接近的真知，发出其他人发不出的声音。”莱文热爱香槟与歌剧，但这也阻止不了他敢于不断揭露权贵们的贪腐与错漏。

媒体的最高责任是让民众知晓政府的所作所为，这是詹姆斯·麦迪逊在美国建国初期就为媒体定下的基调。麦迪逊说，在一个共和制国家，民众才是最终的主权者，他们需要借助媒体提供的信息，来了解公众人物们究竟在做些什么，因此，媒体必须能够自由地“彻查公众人物的品行和作为”。从某种程度上讲，麦迪逊也是一个倡导出版自由的浪漫主义者。他在1799年写道，“当媒体对政府滥权加以监督时，世界应该为理性与人道最终战胜了谬误与压制而感到庆幸。”【麦迪逊：关于弗吉尼亚州提案的报告。】

如今，面对麦迪逊本人几乎不曾想见的联邦政府，美国媒体必须发挥他所希望的那种作用。在麦迪逊时代，联邦政府无论从规模还是作用上都是非常有限的，这种状态一直保持到20世纪30年代罗斯福“新政”时期。随着新政措施开始推行，新的政府机构纷纷诞生，白宫开始接管以前由州政府或者非政府组织管理的事务。现在，联邦政府已成为一个庞大而强势的机构。联邦官员经常秘密行事，成群的发言人随时待命为他们提供辩护。乔治·华盛顿曾谆谆告诫，政府应避免陷入外交事务的泥潭中。如今，白宫却被全球政治和军事问题缠得无法脱身。

想要获得政府的机密文件，要求新闻机构掌握大量资源。18世纪五花八门的街头小报就不可能刊载五角大楼的文件，他们的现代同行——那些网络日志的博主们也同样不指望自己能做到这一点。它要求新闻机构树大根深、坚如磐石，就像《华盛顿邮报》那样成功地应对“水门事件”的调查，或者如《纽约时报》一般连载五角大楼的文件。同时，曝光这样的事件还需要面对经济和法律威胁的足够勇气，如同《华盛顿邮报》的凯瑟琳·格雷厄姆（Katharine Graham）以及《纽约时报》的亚瑟·苏兹贝格（Arthur Ochs Sulzberger）。

在五角大楼文件案的附议中，斯图尔特法官认为媒体在国家安全领域扮演了尤为重要的角色。他说，在这一领域，通常的立法权和司法权对行政权力的制衡很难实施，国会和法院往往会偏袒总统。因

此，“对政府政策和权力惟一有效的限制……也许就依赖于一个开明的公民社会，惟有这样的社会方能产生开放性、批评性的公共意见。基于这样的理由，一个时刻警觉、敏锐且自由的媒体对于实现第一修正案的基本目的相当重要。没有自由而开放的新闻界，就没有开明的民众。”

对于斯图尔特法官所用到的定语——开放、自由、警觉和敏锐——还必须补充“勇敢”一词。如果按照这样的标准，美国媒体在接受越战以后最为严峻的这场考验时无疑是失败的：2001年纽约和华盛顿的“9·11”恐怖袭击发生后，政府权力在急剧膨胀。

恐怖袭击之后的数月内，布什总统宣称行政机构有权不经审判或律师介入拘留任何被视为“敌方战斗人员”的美国公民。他的司法部长也下令清查数万外国人，对可疑分子实施长达数月的拘禁，并经常施以侮辱和虐待。【在此过程中，所有这些涉嫌与恐怖活动有关的人最后均被证明无罪。】

与此同时，布什总统和他的助手们也在为对伊作战积极准备，他们极力劝说美国公众相信萨达姆·侯赛因（Saddam Hussein）在伊拉克的统治与“9·11”恐怖袭击有关。他们的宣传活动获得了极大成功。2003年3月，也就是伊拉克战争发动之前，有调查数据显示：45%的美国人相信萨达姆·侯赛因“以个人身份”介入了“9·11”恐怖袭击；而44%的美国人则认为，发动袭击的劫机犯中有数名是伊拉克人。事实上，这两个想法都很荒谬，并非实情。我们回过头来看，斯图尔特法官所讲的“开明的民众”有多重要。

那一段非常时期里，媒体又呆在哪里呢？最善意的回答只能是：外出就餐。当政府逮捕了两名美国公民，并且未经审判即以“敌方战斗人员”的罪名予以羁押时，报纸上只刊登了简短的报道——丝毫没有意识到宪法的存在。清查外国人也没有引起足够的注意，直至这一措施已经实施了很长一段时间。【清查外国人的行动：参见安东尼·刘易斯（Anthony Lewis），“非美活动——关于戴维·科尔《外敌：反恐战争中的双重标准与宪法自由》一书的评论”（Un-American Activities, review of David Cole, Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism），载《纽约书评》（New York Review of Books）2003年10月23日版，第16页。】反对伊战的游行备

受冷落，以致《华盛顿邮报》和《纽约时报》事后不得不为他们的疏忽致歉。在报道华盛顿举行的示威游行时，《华盛顿邮报》不无嘲讽地揶揄示威者是“纨绔子弟”和“广藿香女孩”。【“广藿香女孩”：汉克·斯特福尔（Hank Stuever）撰“和平艺术：人体彩绘、反战斗士与部署海报”（The Art of Peace: Deploying Posters and Body Paint, the Anti-Warriors）一文，载《华盛顿邮报》2003年1月20日C1版。】

水门事件和五角大楼文件案也许标志着所谓“老牌资深媒体”的一种新姿态。二战以后，媒体对联邦官员简直称得上毕恭毕敬。在当时压倒一切的美苏争霸问题上，首席记者与专栏作家们分享着政府的看法，他们大赞官员品行可嘉、智慧过人。然而，这些假设都在越南战争中化为碎片。记者们发回的报道远比官方声明准确得多，高层官员则竭力掩盖这一事实。

哥伦比亚大学法学院的哈罗德·埃德加（Harold Edgar）与贝诺·施密特（Benno Schmidt）教授联合撰文指出，《纽约时报》决定登载五角大楼文件，标志着“一个新时代的来临，新闻界已经充分地理解了政治家们认为的敏感信息的边界，并在此界限内最大限度地展开工作”。尽管曾经有过他们所说的“政治家们与新闻界之间的共生关系”，但是现在，媒体“变成了政治家们的对手”。【埃德加与施密特：“反间谍法与国防信息出版”（Espionage Statutes and the Publication of Defense Information），载《哥伦比亚法律评论》第73卷第73页（1973）。】

“9·11”事件以后，这些充满赞誉的评价又发生了哪些变化呢？媒体不再是批评者或者质疑者，而几乎成了官方观点的速记员。在刊发布什总统关于“反恐战争”的讲话时，媒体对于他所强调的“非常权力”保持了异常的沉默。司法部长约翰·阿什克罗夫特（John Ashcroft）在参议院的听证会上说，“有一些人认为，我们的措施会让人民失去自由，并且以此恐吓热爱和平的人们。对于诸如此类的幻觉，我只能这样回应：你们的意见只是在助长恐怖分子的气焰，因为他们破坏了我们国家的团结，并企图打击我们的决心。他们正在给美国的敌人提供武器。”【阿什克罗夫特的讲话：《纽约时报》2001年12月7日第1版第4栏。】面对这样的言论，新闻界连眉头也没皱一下。

为什么媒体在“9·11”事件以后变得如此听话？其中一个理由或许和大多数美国民众一样，编辑们被恐怖袭击所震骇，感到有必要万众

一心共同对付外敌。那么，这仿佛就意味着要团结在总统的身后。而更重要的原因，恐怕是在这种恐慌气氛中批评总统多多少少会显得不够爱国。实际上，司法部长阿什克罗夫特本人就曾说过，争论就是不爱国。此外，极右翼势力也在电台和电视谈话节目中发出恐吓的声音，其中有一位女士就曾放话，她很遗憾为什么被炸的不是《纽约时报》的办公楼。

媒体听命于白宫的程度在“9·11”事件发生一个月后显露无遗。当时，五大广播电视网都播出了恐怖组织首脑奥萨姆·本·拉登的一段录像。随后，布什的国家安全事务顾问康多莉扎·赖斯（Condoleezza Rice）在一次电话会议上接通了广播电视网高层主管。她警告后者，今后在播出本·拉登的任何影像节目时，都要删除其“煽动性讲话”。她还警告说，拉登很可能利用发表讲话的机会向恐怖分子下达命令。——这一点其实完全没有道理，因为这段视频最早是在阿拉伯语电视台播放的。美国广播电视网络的执行总裁们纷纷表示将来只播出“删节版”。其中一位声称，“我们并不想触她（赖斯）的雷区”。或许，一种更为坦率的说法是，“我们不想看起来不爱国”。

所幸，媒体已经开始及时地从这种恐慌和疲态中恢复过来。布什总统在单边权力问题上一贯放言无忌的作风越来越让人不能视而不见。他的一位司法部律师曾经建议，他可以下令折磨在押的恐怖分子，而且国会并没有权力阻止他这样做。作为这次“进谏”的后果，许多外籍囚犯被施以酷刑，有些甚至由此丧命。伊拉克阿布格莱布监狱（Abu Ghraib prison）的虐囚照片震惊了整个国家。

以《纽约时报》决定披露布什总统的一项秘密指令为标志，媒体的恭顺时期结束了。在未经法律授权的情况下，总统下令对美国人的国际长途电话实施监听，【布什“窃听门”事件：《纽约时报》记者詹姆斯·里森（James Risen）和埃里克·利希特布劳（Eric Lichtblau），自《纽约时报》2005年12月16日A1版第1栏的“布什允许美国间谍在未经法庭授权的情况下对通话者进行窃听”（Bush Lets U.S. Spy on Callers without Court）一文开始，撰写了数篇关于国家安全局窃听的报道。他们因此获得普利策奖：参见《纽约时报》2006年4月18日B7版第1栏。】这一命令是对联邦刑事法律的公然践踏。如同在法律备忘录中宣称总统可以授权虐待囚犯一样，它再次证明总统正在凌驾于法律之

上。窃听门事件和水门事件带给我们的经验教训形成了鲜明对比：法律应该从上到下一体适用。【2005年12月16日，《纽约时报》率先披露了美国总统布什绕过1978年《外国情报监听法》规定的监听程序，擅自允许国家安全局对美国境内居民的国际间通信（长途电话和电子邮件）实施监听，以搜集恐怖活动证据的消息。而在后续报道中，《纽约时报》进一步披露：事实上，美国国家安全局监听范围还包括一些纯粹的国内通讯。共和党参议员林赛·格雷厄姆评价说，“我们的确在打一场反恐战争，但即使在战争中我们也不能抛弃法律。”——译者注】媒体不能也不应该对权力滥用的种种迹象无动于衷。右翼势力出言谴责《纽约时报》发布有关窃听事件的报道是“叛国”行径，撰写该报道的记者也受到了司法传唤的威胁。不过这一次，报纸坚持了自己的立场，报道记者也赢得了普利策奖。

我曾经在英格兰生活过数年，发现英美两国在对待媒体自由方面的态度大不相同。1981年，一个民权组织代表某在押囚犯提起诉讼，该囚犯称其在英国狱内受到虐待。囚犯的律师哈里亚特·哈曼（Harriet Harman）要求调阅监狱管理的相关文件。在要求遭到拒绝后，初审法院的法官下令监狱交出部分文件。哈里亚特在公开庭审时宣读了文件的内容。一家新闻报纸的记者因未能完全记录下来，请求哈里亚特给他一份该文件的复印本；她给了复印本，并因此被判藐视法庭。【哈曼案：Home Office v. Harman, (1983) 1 A.C. 280。】在该案的上诉审中，丹宁勋爵指出：“在本案已经公开的高度机密文件中不存在公共利益。当事人履行保密义务才是真正的公共利益。本案中的记者对于机密文件的使用严重危害了我们社会的正常秩序。这些人惯于挑起对行政首脑和政府雇员的不公正的攻击，而后者只不过是在尽最大努力对付一名邪恶的罪犯。”

我们需要记住，这一结论针对的是“泄露”了某个已经在法庭上宣读过的文件，它也针对了一个也许曾经“邪恶”而现在正处于政府部门监禁之下的罪犯，因此他所受到的任何虐待都是一个值得公众关注的事件。然而，哈曼案的裁决是确定不移的。

令人愤怒的哈曼案在今天的英国社会已不可能重演。法律已经适应一个自由社会的需要。英国议会通过法律批准《欧洲人权公约》适用于英国法庭，其中一条规定即要求新闻自由。

类似于哈里亚特·哈曼案一类的案件在美国不可能发生，除非某位极不谨慎的法官完全忽略了第一修正案。动用藐视法庭罪的权力来压制人们对于法律事务的评论，这样的手段早在1941年具有历史意义的布里奇斯诉加利福尼亚案（Bridges v. California）中就被最高法院否决了。【布里奇斯案：Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1941)。】

哈里·布里奇斯（Harry Bridges）是美国西海岸码头装卸工人联合会的左翼领袖。当时，加利福尼亚州法院对某一案件作出的裁决可能会对他所领导的联合会造成不利影响，布里奇斯便给美国劳工部部长发了一份电报，批评该项裁决。于是，法官以藐视法庭的罪名监禁了布里奇斯。布里奇斯上诉至最高法院，最高法院将此项藐视令与加利福尼亚州向《洛杉矶时报》发出的另一项藐视令并案审理。《洛杉矶时报》刊发了一篇涉及两名卡车司机联合会成员涉嫌对他人实施殴打的刑事案件的报道，责任编辑因此被告上法庭。编辑声称，如果他们被判缓刑"以观后效"的话，那么法官无疑犯下了"严重的错误"，因为公众需要"知晓他们对黄麻加工厂进行的采访"。【对比最高法院先后在《纽约时报》案和布里奇斯案中所持的立场，真是不无辛辣的讽刺。《纽约时报》在当时是一份持强硬保守立场、反对工会的报纸，哈里·布里奇斯正是《纽约时报》的眼中钉。】

此时，最高法院内正在秘密上演一出大戏，这幕大戏直到四十多年以后随着布莱克法官生前文献的搜集整理才得以呈现在公众面前。1940年10月，两起案件进行了第一次讨论。会议上，法官们以6票对3票的结果维持了原告的藐视法庭罪判决。首席大法官休斯委派法兰克福特法官撰写多数意见。法兰克福特极其推崇英国法，于是，这种倾向贯穿于他所起草的意见书。他说，法官有权惩罚对法庭内部事务说三道四的评论，这是"盎格鲁-美利坚司法行政体系的组成部分和应有之义……我们相信，所有英语世界国家的司法部门都会不断地确认并行使此项权力……"

布莱克法官对此提出了反对意见，他写道：

*最高法院法庭意见的一个根本谬误就在于，它认为通过参照英国的司法实践……可以削弱第一修正案所保障的各项自由……根据我的判断，英语世界过去存在而现在依然存在的对第一修正案自由的种种限制，正是修正案制定者们当年强烈反对的……从宪法和权利法案的*

*历史来看，没有什么目的能够比给予美国公民较之英国公民曾经享有的宗教、良知、表达、集会、请愿和出版自由更多的安全保障更为清晰的了……第一修正案正是美国制度的设计师们清楚地意识到英国和其他国家曾经肆意压制良知和表达的产物，他们希望通过第一修正案防止它们在这里发生。*

1941年春天，恰逢布里奇斯案中二位持多数意见的法官退休，另一位则改变了心意。如此一来，表决意见变成了4票对4票的平局，最高法院决定在该年秋天重新讨论此案。重新讨论之前，随着休斯法官的退休，裁决结果变成了4票反对、3票赞同。新增的两名法官也发生了分裂，其中罗伯特·杰克逊（Robert H. Jackson）主张推翻原判，而詹姆斯·伯恩斯（James F. Byrnes）则坚决支持原判。布莱克法官戏剧性地获得了5比4的多数票，现在，该轮到他来撰写法庭意见了。

布里奇斯案的裁决结果最终在1941年12月8日正式宣布。那天早上，法官们在国会大厦听完罗斯福总统公开谴责日本偷袭珍珠港的演说后才回到法官席上。（“昨天，也就是1941年12月7日，这个日子将被永远地钉在耻辱柱上……”）在这样的背景下，宣判并没有引起太多的关注。然而，它却终将成为宪法史上的转折点；同时，它也是布莱克法官和法兰克福特法官持续多年的“第一修正案言论保护究竟应该做广义解释还是狭义解释”之争的第一个回合。布里奇斯案的多数意见宣告了美国脱离英国法律传统的开始，这场革命一直持续了二十三年，直到《纽约时报》诉沙利文案中采用英国普通法原则作出有利于诽谤案原告的裁决才被中断。

美国新闻界一直得益于最高法院对第一修正案的解释而获得了非同寻常的自由。作为回报，它也应当给予社会更多的勇气。媒体必须要抵抗对权力俯首帖耳的诱惑。记者和编辑则须保持“海盗”本色——就像伯纳德·莱文所说的“盲流和不法之徒”；惟其如此，新闻界方能成为恪尽职守、监督政府的爱国者。

## 10　我们所痛恨的思想

霍姆斯法官谈及“那些为我们所痛恨的思想，同样自由”时，正在审理一起有关和平主义者的案件。但是，倘若此时不是一个和平主义者而是一个纳粹分子，那么他／她的表达权是否会有所改变?

所谓仇视性言论（hate speech），即是指对犹太人、黑人、穆斯林、同性恋或者其他任何群体的恶毒攻击。这是一种纯粹的仇恨，并非基于个人犯下了什么过错。比如，一个德国人可能是罗马天主教徒，但是某天纳粹发现他祖父是犹太人，那他就很难逃脱被送进死亡集中营的命运。

对于仇视性言论的法律处理，美国和几乎所有其他西方国家都有所不同。在德国，展示纳粹党徽或者其他纳粹标记是一种严重的犯罪。此外，有十一个欧洲国家规定：否认大屠杀，声称德国没有在纳粹统治时期屠杀过犹太人，即构成犯罪。【二战期间，德国纳粹对欧洲犹太人的大屠杀是史无前例的。为确保此类悲剧永远不会再次发生，很多欧洲国家都立法禁止否认纳粹历史或大屠杀的言论。目前，除德国外，另有奥地利、比利时、捷克、法国、以色列、立陶宛、波兰、罗马尼亚、斯洛伐克和瑞士等国，均将否认或者美化纳粹历史的言论视为犯罪。——译者注】这一情形在加拿大也是如此。加拿大最高法院认定，尽管宪法保障表达自由，但是大屠杀否认者还是会受到起诉和惩罚。而在美国，第一修正案保护否认大屠杀事实的权利。

曾几何时，最高法院对于禁止仇视性言论采取过不同做法。1952年，在博阿尔内诉伊利诺伊案（Beauharnais v. Illinois）中，最高法院支持伊利诺伊州反特殊言论法，该法规定凡传播“刻画堕落、犯罪、不贞或者违反任何种族、肤色、宗教团体之美德的出版物”者均构成犯罪，因为前述出版物“蔑视善良风俗，或者助长破坏和平及暴力倾向”。【博阿尔内案：Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)。】约瑟夫·博阿尔内（Joseph Beauharnais）散发了一份传单，呼吁芝加哥当局立即阻止“黑人对白人邻居和市民的侵扰”。

博阿尔内诉伊利诺伊案最终以5票对4票确认伊利诺伊州法合宪，法兰克福特法官撰写了多数意见。他将这一法律规定视为反诽谤法的

一种形式，自始便在美国各州存在。“伊利诺伊州没有必要将视线仅仅局限于自己境内，而对最近三十年因造谣滋事而引发的种族及宗教团体冲突视而不见……”他列举了1837年伊莱贾·洛夫乔伊（Elijah Parish Lovejoy)谋杀案【伊莱贾·洛夫乔伊（Elijah Parish Lovejoy)，生于1802年。1833年创办《圣路易斯观察家报》，并担任该报社编辑，强烈谴责奴隶制。1836年，他不顾该市头面人物联名恐吓，披露黑人水手被焚实情，并申明自己有发表观点的自由。1837年被迫迁至奥尔顿市。同年在保卫报馆时被害，被追认为维护新闻自由的烈士。——译者注】和芝加哥地区近期发生的种族骚乱的例子，并指出：“诽谤言论不在宪法对于言论自由的保护之列”。然而，布莱克法官对此提出了反对意见，认为伊利诺伊州法律与反诽谤法完全不可同日而语，前者毋宁是对权力的滥用。法官最后说，那些欢迎这一判决结果的少数族裔团体不要忘记皮洛斯的名言，这不过是“得不偿失的胜利”。

法兰克福特法官关于博阿尔内案司法意见的逻辑前提直到1964年才被打破，《纽约时报》诉沙利文案的判决终结了诽谤不受第一修正案保护的历史。随着沙利文案及相关案件的宣判，政府官员和公众人物除非证明不实陈述是故意所为或完全放任，否则便不能获得损害赔偿。一般性的仇视言论——比如博阿尔内散发的传单——并不符合后来判决所适用的事实标准，而恶毒攻击性言论则不然。最高法院暗示，当这种恶意直接指向具体的某个人时，如《好色客》杂志对福尔韦尔的攻击，便是如此。

到了1969年，最高法院对于惩罚攻击种族或宗教团体言论的限制到了极为严格的程度。这就是我们在第7章所讨论到的布兰登伯格诉俄亥俄案。三K党的一个头头说，“就个人而言，我相信黑鬼最好被遣送回非洲，犹太人该滚回以色列去。”最高法院毫无异议地推翻了他的有罪判决，因为没有证据表明说话者正在激起“当下的非法行动”或者将来可能发生的类似行动。

关于亲纳粹的言论自由问题在美国法中可用“斯科基”（Skokie）一词来作标志。【斯科基案：Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197 (1978)。】斯科基是芝加哥近郊的一个村庄。1977年，该地聚居了大量犹太人，其中不少是从纳粹集中营逃出来的幸存者。美国纳粹党宣布将在斯科基举行游行示威，示威者还将佩戴希特勒的纳粹标志。斯科基当局颁

布了一项条例，禁止传播包括标志和服装在内的任何“因种族、国籍或宗教差异而激起仇视”的东西。当局还向伊利诺伊州法院申请了一条相同效力的禁令。官司打到州和联邦法院，美国联邦第七巡回区上诉法院的终审判决认定斯科基旨在阻止游行示威的法令违反宪法，纳粹党后来也取消了计划。

“斯科基”风波在公民自由主义者中引发了广泛争议。因为美国公民自由联盟支持纳粹的游行示威权，公民自由联盟的成员纷纷申明退出该组织。不过，公民自由联盟的领导地位并没有因此而动摇，它后来成功地提高了自身的社会地位，发展了其成员队伍。

法国法官、学者罗杰·埃雷拉（Roger Errera）曾说，欧洲人绝对不能接受美国人对待仇视性言论如斯科基案的宽容态度。在他看来，美国人的观念建立在“不可救药的社会和历史乐观主义”之上，而你绝不能指望欧洲人在经历了纳粹和极权主义悲剧后还能保有这样的幻想。希特勒的大屠杀计划在《我的奋斗》一书中就已表露无遗。那么，在他还未能将这些论调变为恐怖的现实之前就以此为由将其绳之以法会不会更好?

这曾是在欧洲占主流的观点，但不是惟一的观点。英国《经济学人》（The Economist）周刊以亲美著称，2006年该杂志撰文强烈谴责法律将否认大屠杀及其他形式的种族主义言论定为犯罪。【参见《经济学人》2006年10月21日版，第64页。】文章警告说，这样的法律实质是在惩罚或者限制“仅仅可能引起违法的”言论。文章列举了意大利著名新闻记者奥丽娅娜·法拉斯（Oriana Fallaci）的例子，她于2006年辞世前还在等待她的判决结果。在一篇讨论宗教问题的评论性文章中，法拉斯因其言辞冒犯了伊斯兰教而遭到起诉。《经济学人》的文章写道，“巨大的危险在于打着阻止顽固分子的旗号限制言论，其最后的结局往往只能是扼杀所有批评。”

戴维·欧文（David Irving），臭名昭著的英国大屠杀辩护者，因在2006年至2007年间散布否认大屠杀的言论而在奥地利监狱度过了十三个月。身在狱中的欧文又起诉了美国作家利德波拉·利普斯塔德（Deborah Lipstadt），诉称利普斯塔德将其称为大屠杀辩护者是诽谤行为。在这场颇具讽刺意味的审判中，一位英国法官认为作家的说法完全属实。不过，利普斯塔德则称她对欧文在奥地利入狱深感遗憾，

因为这使他成为了“言论自由的殉道者”。【欧文和利普斯塔德：参见《纽约时报》2006年12月21日A3版第1栏。】

进入21世纪以来，伊斯兰极端主义和恐怖活动节节升温，如何处理仇视性言论的冲突也随之升级。英国是拥有数量庞大的穆斯林信众的欧洲国家之一，它所面临的问题尤为严重。一些阿訇在清真寺布道时公开鼓动信众进行圣战。其中一人被起诉，并因教唆谋杀和煽动种族仇恨而获罪。英国一个伊斯兰组织的领导人阿特拉·阿蒙特（Atilla Ahmet）称，“你们正在伊斯兰国家、在伊拉克、在阿富汗攻击我们的人民，所以袭击英国军队、警察、政府官员甚至白宫都是正义的行动。”【“你们正在……”：引自《纽约时报》2006年8月21日A8版第1栏。】2005年7月，四名伊斯兰自杀性爆炸袭击分子在伦敦地铁和公车上制造了惨案，导致五十二人死亡。一名军方发言人阿布·伊扎德（Abu Izzadeen）称此次爆炸事件“值得赞赏”。2007年，他因再次发表鼓吹恐怖主义的言论受到指控。【“值得赞赏”：参见《纽约时报》2007年2月9日A11版第1栏。】

布兰代斯在惠特尼诉加利福尼亚案的司法意见中发表了允许哪怕最恶毒的言论的著名论断。“公开讨论提供了防止邪恶教义散布的通常的足够保护，”布兰代斯这样写道，“同时，它也是对邪恶教义的最佳补救。”不过，即使最高法院在1969年布兰兹伯格诉俄亥俄案中采取了最为宽容的态度，我个人仍然认为应该允许对可能立即引起非法行动的言论采取法律措施。面对为患益深的伊斯兰恐怖活动，教唆恐怖分子谋杀警察或其他官员能否适用布兰兹伯格标准呢？就以伦敦爆炸案为例，我想这一标准恐怕不那么合适吧。

允许仇视性言论存在的其中一个论点在于，它能使我们了解到那些极端信仰并且增强我们与之战斗的决心。杰里米·沃尔德伦（Jeremy Waldron）直截了当地总结了这一观点，他是英国人，后来移居美国教授法学。他写道：

*仇恨言论的代价在假定容忍它们的社区中并不是平均分布的。种族主义分子也许不会伤害那些宽容他们的人，但在利明顿温泉镇（Leamington Spa，英国的一个镇）到处张贴的海报中仍将他们说成是动物。我们应该和这样的人对话，或者和那些遭受过或者正在遭受着斯科基新纳粹分子嘲笑的人及其父母对话，之后我们可以断论，惟有*

*不同文明间的对话才可能塑造人格。【沃尔德伦：参见《伦敦书评》（London Review of Books）2006年7月20日版，第22-23页。】*

20世纪80、90年代，类似于杰里米·沃尔德伦的这种观点在大学校园里掀起了一场禁止仇视性言论的旋风。在一些少数族裔团体的积极推动下，这场反仇恨言论运动的目标直指种族主义言论。运动的支持者们声称，有部分少数族裔学生成为仇恨言论的受害者，他们受到了严重的精神创伤。由此，师生们呼吁制定“讲话守则”（speech codes），对“语言暴力”现象加以制裁。

相当数量的大学都制定了“讲话守则”，在实际的操作中，校方将伤害性言论的范围远远扩展至最初提出的种族歧视之外。《斯坦福大学讲话守则》就是相当著名的例子，该守则禁止“根据个人的性别、种族、肤色、生理缺陷、宗教信仰、性取向或者血统而对某个或少数个体进行口头攻击和语言侵犯”。马萨诸塞大学阿默斯特分校在1995年将“年龄、婚姻状况以及是否服役”也列入了禁止事项。该校学生联合会还希望能加入“公民身份、文化传统、艾滋病病毒携带者、语言、家庭背景、政治信仰以及妊娠与否”等条目。

不断加长的防止受到语言侵犯的“禁忌”清单本身就是对“讲话守则”运动的讽刺。1989年，联邦法院裁定《密歇根大学讲话守则》违宪。几年以后，《斯坦福大学讲话守则》也没能通过司法审查，“讲话守则”运动逐渐衰落。

没有人会怀疑，大学里的黑人学生或者其他少数族裔的学生，在历史上曾遭受过肆无忌惮的语言攻击。但是，一旦采用“讲话守则”来处理这一问题，就很容易因执行“政治正确”的路线而授人以柄。甚至，有可能连幽默感也变得危险。一位哈佛法学院教授就曾经因引用罗伯特·杰克逊（Robert H. Jackson）的观点而遭致抗议，麻烦源自杰克逊引用了拜伦（Byron）描写朱莉娅夫人的一行诗：“她发誓说‘我绝不同意’，却还是同意了（who, swearing she would ne'er consent, consented）”。

在大学校园言论审查方面的尝试，还不止上述愚蠢举动。2003年，国会众议院通过了《高等教育国际研究法案》（International Studies in Higher Education Act）。该法案规定，教育部部长在制定高

校联邦基金拨款方案时，必须要考虑高校所开设的外国语言或地区研究课程是否会影响到研究者和学习者的观念。因此，应该设立一个专门委员会对这些由联邦基金资助的课程进行“研究、监管、鉴定和评估”。加利福尼亚州众议员霍华德·伯曼（Howard Berman）是法案的主要支持者，特别关注中东研究项目中存在的“反美偏见”。他说，有证据表明，在中东研究项目的受资助人中，普遍存在着这样一种倾向——他们质疑“在中东及其他地区推行美国民主和法治观念的正当性与有效性”。

大多数美国高校都会获得一项或多项联邦资助。面对该法案的政策压力，这些高校的相关院系及其管理者不得不顾虑他们的课程设置能否符合某个联邦委员会的诸多想法，或者更准确地说是意识形态。尽管伯曼众议员在谈及“推行美国民主观念”时语调温和，但他抱定的前提是在中东推行美国民主无疑是明智的。这一观点本身就值得商榷，正是这样的假设在很大程度上造成了伊拉克战争的灾难。而大学校园恰恰应该是上述观念受到挑战的地方。

在当代美国社会，关于挑衅性言论争议最大的不是口头性言论而是象征性表达：焚烧国旗。在1984年共和党全国代表大会期间，一群游行示威者穿过街道，抗议里根政府的政策。其中一位名叫格雷戈里·李·约翰逊（Gregory Lee Johnson）的示威者，在达拉斯市政厅前焚烧了一面美国国旗。随后，他因违反得克萨斯州法律中关于禁止亵渎“崇高象征”的规定而被判有罪。最高法院最终以5票对4票推翻这一判决，确立了焚烧国旗的表达行为受第一修正案保护的先例。【焚烧国旗案：Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)。】布伦南法官在法庭意见中写道，“如果第一修正案有什么基本原则的话，那么它就是：政府不得仅仅因为社会认为某种思想令人厌恶或者不能接受，就禁止人们对于这种思想的表达。”

事实上，很多美国人都认为焚烧国旗是一种冒犯。国会差一点就通过一项宪法修正案，允许将焚烧国旗的行为界定为一种犯罪。而且，它也的确曾经通过了一项刑事法规，即1989年《国旗保护法案》。根据该法案的规定，除非国旗业已污损以待处理，任何“毁坏、玷污、涂抹、焚烧、遗弃或践踏国旗”的人均应受到刑罚。在1990年合众国诉艾希曼案（United Stated v. Eichman）中，最高法院同样又以5

票对4票的结果认定该法案违宪。【第二起焚烧国旗案：United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990)。】布伦南法官再次代表多数法官撰写法庭意见，他说，该法案所开列的禁令清单表明其所关注的是对旗帜的“不敬行为”，而该法案“对于表达的压制已经远远超出了国会的预期”。布伦南法官总结道，“惩罚不敬国旗的行为，恰恰削弱了那些使得这个象征受人尊重且值得尊重的自由。”

在仇视性或挑衅性表达的目录上，焚烧国旗的危害往往不及其他一些更有恃无恐的举动，例如：在慕尼黑啤酒馆大厅宣扬反犹言论，或者教唆英国的穆斯林青年去做“人肉炸弹”。理查德·雷德（Richard Reid），一个听信这些说教的穆斯林，就曾试图用藏在鞋底的炸弹炸毁一架民航班机。

1994年，卢旺达的某个广播电台在节目中煽动占人口多数的胡图族人屠杀占少数的图西族人和持温和立场的胡图族人。大屠杀随即而至，超过50万人惨遭灭顶之灾。【卢旺达事件：参见斯蒂芬·金策（Stephen Kinzer）的“豪赌卢旺达”（Big Gamble in Rwanda）一文，载《纽约书评》（New York Review of Books）2007年3月29日版，第23页。】若干年后，一个由图西族人领导的政府禁止政治党派呼吁部族认同，并且将公开宣扬“隔离主义”的言论定为非法。难道我们这些有幸呆在美国而逃过如此浩劫的人，就应当告诉卢旺达人这样做是错的，这样做是在限制言论自由吗?

在今天这样一个言论已然曾经挑起大规模屠杀和恐怖主义活动的年代，布兰代斯所说的“邪恶言论只要还能补救，便不算太坏”，已经很难再像从前那样令我信服。美国宪法当且仅当说话人企图实施暴力或其他违法行为且该行为即将发生时，才允许限制言论。不过，法官以及我们大家，或许更应关心那些罕见的极端表达方式——不是焚烧国旗或者大学生的种族主义俚语——它们才是真正意义上的危险。我认为，我们应该可以惩罚那些企图教唆听众采取恐怖主义行动的言论；要知道，听众中已经有人开始磨刀霍霍了。难道这样的情形，还不够紧迫吗?

# 11　利益的平衡

20世纪中期以来，第一修正案的观念日益稳固地占据了美国人的心灵。甚至那些以前被视为压制言论的保守派，如今也兴奋地加入了表达自由的行列。第一修正案被广泛援引，人们以为这个条款似乎能解决任何有争议的问题。然而，事实上，言论和出版自由从来都不是绝对的，法院和社会一直在为平衡各方利益而进行着不懈的斗争。

致力于协调新闻自由和保护公平审判权之间的关系就是这样一场马拉松式的持久战。如果报纸和广播电视媒体在庭审开始之前就已经宣判被告有罪，那么又该如何保证被告得到不受偏见影响的陪审团呢？问题困扰最高法院已近四十年了。这一回，又是英国的司法实践开了先河。

1949年，伦敦发生了一系列连环命案，受害死者的脖子上都留有被咬噬的痕印。各家报纸纷纷将这个神秘的谋杀者称为“吸血鬼杀手”。1949年3月4日，《每日镜报》（Daily Mirror）——这份日后销量最大的街头小报，爆出一则标题为“吸血鬼杀手已经就范”的头条。按照当时的经典风格，文章在一开头就写道：“吸血鬼杀手再也不会危害社会了。他已被关进大牢，再也没有机会引诱下一个牺牲品走向致命死亡。今天，《每日镜报》可以负责任地做此断言，因为这一消息出自英国最优秀的警探之口。”报道没有披露“被关进大牢”的人的名字。但是，在报纸内页，有小篇幅报道称一位名叫约翰·乔治·黑格（John George Haigh）的人在记者采访期间一直配合警方展开的秘密犯罪调查。

此报道面市后，法庭传唤了《每日镜报》编辑西尔韦斯特·博勒姆（Silvester Bolam）。博勒姆在同事中绰号“博勒姆主教”，因为他总是一成不变地穿着白T恤和黑外套。法官认定该报文章威胁到犯罪嫌疑人的公平审判权，博勒姆因此被判三个月监禁。博勒姆获释后，从此离开了新闻界。

这一案件代表了英国限制刑事案件审前评论的司法机制：干脆利落，绝不手软。如今，这种做法仍然适用，只是编辑们因不当报道更可能交纳罚款而非监禁。举例而言，当《星期日人物》说保护女王在

白金汉宫免受流浪汉侵扰的方法是“给她一个拥抱，菲利普”（参见第9章），该周刊就受到了罚款。

美国的情形则有所不同。1977年，纽约出现了一个自称“萨姆之子”（Son of Sam）的连环杀手。犯罪嫌疑人戴维·博科威茨（David Berkowitz）被捕。《纽约邮报》（New York Post）在头版头条打出红字大标题：“抓到了！”【戴维·博科威茨：参见《纽约邮报》1977年8月11日第1版。博科威茨被控六项谋杀罪名成立，每项罪名被判处二十五年至终身监禁的刑罚。另见，《纽约时报》1978年6月13日A1版第5栏。】报道披露了杀手的名字并称杀手向警察供认，他在被捕时正准备寻找更多的牺牲品。在整个案件侦破和审理过程中，《纽约邮报》的责任编辑安然无恙。【1976年盛夏，美国纽约市出现了一个“约会杀手"，专门狙杀约会中的情侣。凶手频频出现在布隆克斯区漆黑的街道上，趁情侣们缠绵时，从车窗口向女方射击。因为凶手使用的是点44口径的手枪，所以最初被称为“点44口径杀手”。从1976年7月到1977年7月，他在纽约市一共枪杀了六对年轻男女，受伤者还不止于此。当他开始给报社写信之后，他被称为“萨姆之子”。|当“萨姆之子”被捕后，联邦调查局发现他拥有一本剪贴簿，上面是他在犯罪期间，新闻媒体对他的报道。这册厚厚的剪贴簿显然是在被捕之前就开始收集的。为了吸引媒体的长久关注，他必须通过不断地杀人保持自己“超级巨星”的地位，维护自己的“收视率”。对于“名声”的正解被“萨姆之子”完全颠覆，它不再意味光荣与梦想，或是高贵与伟大，而仅仅代表着“知名度”。于是，该案在某种程度上演变为“媒体杀人”。根据这个真实案件改编而成的电影《萨姆的夏天》，通过一个侧面表现了这位为“知名度”而不择手段的杀人狂。——译者注】当然，美国法律也受到英国法对未决案件公共评论的严苛观点的冲击，我们在第9章提到的布里奇斯诉加利福尼亚案即是一例。最高法院坚持认为这样的评论不能定为藐视法庭罪，除非报道存在着误导公正审判的“明显而即刻的危险”——据此标准，则没什么报道能具有如此危害。藐视法庭罪，作为针对可能危及公正审判的新闻报道的一项限制性措施，被有效地禁止了。

但是，媒体对于敏感案件的审前报道问题依然存在。对此，法院还能做些什么呢？1961年，最高法院第一次推行了一套新的审判原则。最高法院认为：当审前报道致使公正审判不大可能（unlikely）

时，谋杀罪就应该依宪撤销。欧文诉多德案（Irvin v. Dowd）就是这样的一个案子，其案件事实非常极端。【欧文案：Irvin v. Dowd, 359 U.S. 394 (1959)。】该案被告被媒体称为“疯狗杀手”。当十二位陪审员在审前接受采访时，有八位陪审员认为，根据他们已经看到的报道，被告必是凶手无疑；但他们又表示，相信自己仍然可以依据呈堂证供做出判断。

法兰克福特，这位曾在布里奇斯案中提出异议的法官，这一回仍然希望能对媒体采取直接行动。他在个别意见中不无苦涩地说道：“本庭依然不能确定司法公正是否必须服从宪法的另一套保障制度——出版自由，正如其所被构想的；同时，我们也不能确定，当陪审员或者潜在的陪审员因其心智受到毒害而致使正义流产，以至于我们不得不推翻有罪判决的时候，‘投毒者’的商业行为还是否应受宪法保护？”这正是法兰克福特法官最想解决的难题。事实上，法庭最终判定他所谓的“投毒者”也就是媒体受宪法保护——至少相对于英国式的藐视法庭罪而言。

推翻有罪判决，对于处理有关影响陪审团的敏感报道而言，是一个相当尴尬的结局。等到上诉法庭作出这一判决后，证人已经死的死、跑的跑。最高法院在塞缪尔·谢泼德案中尝试了另一种审判原则，这个案件后来被拍成了一部颇为浪漫的电影《亡命天涯》（The Fugitive）。【谢泼德案：Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333 (1966)。】被告塞缪尔·谢泼德（Samuel Sheppard）被媒体称作“萨姆博士”，被控于1954年在俄亥俄州克利夫兰郊区家中杀害了他的妻子。媒体在将萨姆送上法庭的整个过程中扮演了非常活跃的角色。发表在报纸头版的社论题为“还在犹豫什么？——把他投牢入狱”。在广播电台的节目中，评论员把谢泼德比作艾尔格·希斯（Alger Hiss），后者在当时一个臭名昭著的案件中，被指控为苏联间谍。案件审理当天，法庭被记者围得水泄不通，陪审员和证人进出法庭时无一能躲过闪光灯和摄影机。

1966年，当谢泼德诉马克斯韦尔案（Sheppard v. Maxwell）到达最高法院时，汤姆·克拉克（Tom C. Clark）法官写道，“这哪里是审判？！疯子占据了法庭。”最高法院认为，谢泼德自从成为被告开始，便与“司法审判的安宁与平静”绝缘了。法院推翻了原来的有罪判决。

克拉克法官在其主笔的法庭意见中提出了防止类似闹剧重演的建议：初审法官可以阻止警方、公诉人和被告律师对媒体下结论，也同样可以并且应该控制法庭的秩序。如果庭审前存在偏见的新闻报道就已纷纷出现，那么法官可以延期或者易地审判。他们可以将陪审团与外界媒体隔离开来，以使其免受公众评论的影响。

谢泼德案中存在着令人震惊的疑点。被告是在1954年被判有罪的，1956年俄亥俄州法院二审维持原判，同年最高法院驳回了谢泼德的上诉申请。但是，十年以后，最高法院受理了辩护律师提出的人身保护令申请，重审谢泼德案并最终推翻原判。最高法院为什么又在十年后回心转意了呢？

辩护律师申请人身保护令，主要将焦点集中在审判开始前和审判过程中媒体对司法活动的不当影响上。我估计，1966年发生的另一件轰动性事件也会对法官有所触动：肯尼迪遇刺，达拉斯警察总署宣布嫌犯是一个名叫李·哈维·奥斯瓦尔德（Lee Harvey Oswald）的古巴人。首席大法官沃伦授命组建了总统遇刺特别调查委员会。委员会严厉批评了达拉斯媒体在此事件中的所作所为，正是它们成了杰克·鲁比（Jack Ruby）公然在森严戒备中枪杀奥斯瓦尔德的帮凶。【1963年11月22日，美国前总统约翰·肯尼迪在得克萨斯州达拉斯遇刺身亡。李·哈维·奥斯瓦尔德，一个美籍古巴人，被认为是肯尼迪遇刺案的主凶。案发两天后，奥斯瓦尔德在警察的严密戒备中当众被杰克·鲁比开枪击毙，美国人在电视直播中目睹这一枪击事件的全过程。——译者注】

在处理公正审判和新闻自由问题上，法院采取的另一原则是通过下达法院禁令禁止媒体在审判前发表任何“暗示被告有罪”的倾向性报道。1975年，内布拉斯加州小镇桑德兰发生了一起骇人听闻的灭门惨案——六名家庭成员全部遇害，据说此桩命案与1975年的一起性侵犯事件有牵连。随着嫌疑犯埃文·查尔斯·西蒙斯（Erwin Charles Simants）的被捕，本案自然引起了当地和全国媒体的广泛关注。公诉人和西蒙斯的律师立即请求内布拉斯加州法院限制媒体报道，以免无法组成不具成见的陪审团。内布拉斯加州最高法院遂下令禁止报道西蒙斯向执法官员所做的供述（事实上，他的确录有口供）或者任何其他“强烈暗示其有罪”的事项。

美国联邦最高法院于1976年审查了该州最高法院的此项命令。当时，司法界对于限制报道的正当化寄予厚望，其他州也开始对重大疑难刑事案件适用类似的禁令。（媒体将此称为“封口令”（gag orders），以暗示其并不合法。）然而，最高法院却不同意此种做法。首席大法官伯格在法庭意见中指出，“对言论和出版的事先限制是对第一修正案权利最严重和最不可容忍的侵犯。”事先限制是极罕见之例外而非通常情况，只有针对被告受公平审判权利的“明显而即刻的危险”才可能构成例外情况的合宪根据。最高法院总是难以捉摸的词语并没有真正地隐瞒这样一个事实——内布拉斯加新闻协会诉斯图尔特案（Nebraska Press Association v. Stuart）是新闻界的重大胜利。【内布拉斯加案：Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976)。】如果禁止报道这样一起严重案件（偏僻小镇上出现了如此凶残的杀人狂）的法庭禁令是错误的话，那么我们就很难判断哪一个限制媒体的禁令是允许的。事实上，自此以后再没有出现类似的上诉。

三年后，法庭开始试行一项新的旨在防止陪审团出现偏见的举措。在一起发生于纽约州北部的刑事案件的预审听证会上，辩方律师起身关上了审判室的大门，将媒体和公众拒之门外。公诉人没有提出异议，丹尼尔·德帕斯奎尔（Daniel A. DePasquale）法官也准许了这一举动。甘尼特报业集团表示强烈反对，甘尼特诉德帕斯奎尔案（Gannett Co. v. DePasquale）由此于1979年进入了最高法院的审判庭。【甘尼特案：Gannett Co. v. DePasquale, 443 U.S. 368 (1979)。】

最高法院以5票赞成4票反对的结果维持了该案的审判室封闭令。多数意见集中关注的焦点并不在第一修正案，而是在涉及其他权利的第六修正案，“在一切刑事诉讼中，被告有权得到迅速而公开的审判”。斯图尔特法官说，公开审判权惟有被告才能行使，当然，他也可以放弃；这一权利并不属于像媒体这样的局外人。法官写道：“第六修正案和第四修正案并没有赋予公众成员参与刑事审判的宪法权利。”作为持不同意见者，哈里·布莱克姆（Harry Blackmun）法官对此提出了异议，他不同意因第六修正案的缘故而对第一修正案采取大打折扣的解读。他说，公开审判的保障即在于确保刑事司法体系中的每一个人都“受到公众的监督”。类似于本案中的预审听证会通常被认为是对警方不当行为的审查，而且它很可能是公众了解官方渎职行为的惟一机

会。布莱克姆法官特别强调，事实上绝大多数刑事案件在庭前答辩阶段就已达成协议了，塞内卡县（Seneca）在1976年间甚至没有一桩案件发展到审判阶段。

甘尼特判决引发了媒体的愤怒声讨。美国报纸出版商协会（American Newspaper Publishers Association）主席称，判决结果显示最高法院"是打定主意要撕毁宪法了"。几位大法官也异乎寻常地表示，他们此刻正深陷舆论的漩涡。

甘尼特案审结一年后，最高法院便转变了立场。在《里士满报》诉弗吉尼亚案（Richmond Newspapers v. Virginia）中，最高法院又面临了同样的问题：根据第一修正案，为了保证陪审团的神圣不可侵犯，法庭的审判室能否予以封闭。【里士满案：Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980)。】法官们以8票对1票的结果认定，第一修正案的言论与出版条款赋予了公众参与审判的权利。【在法庭辩论中，代表报业公司的哈佛法学院教授劳伦斯·特莱伯（Laurence Tribe）已经表示放弃媒体所享有的任何新闻采访特权。】案件的判决没有出具多数意见，但约翰·保罗·斯蒂文斯法官在并存意见【法官可以自由地书写他们自己的判决书：可以和另外的法官一起书写判决书，也可以引用其他法官判决书的一部分。"反对意见"（dissenting opinion），又称异议，是完全反对或者部分反对多数派法官观点的法官所写的判决，而"并存意见"（concurring opinion），或称协同意见，则是那些不仅赞同多数派法官的意见而且还在判决书中强调不同的宪法或法律基础的法官所写的判决。法官都已经写好判决而且作为最高法院判决结果的判决书得到最终通过之后，案件就可以宣判。如果在投票的时候出现反对和赞成人数相等的情况（可能最高法院有一个位置空闲或者某位法官出于某种原因不愿意参加投票），则维持原判。——译者注】中指出了本案的深远意义："迄今为止，最高法院一直忠实地给予信息和观念传播的绝对保护；而在此以前，它从不认为发掘具有新闻价值的线索有权得到任何宪法上的保护。"

斯蒂文斯法官所描述的新宪法理论，其潜在的作用和影响是革命性的。凭借第一修正案所赋予的采访权（right of access），媒体可以通过诉讼请求法院准予其查阅政府秘密文件和参与闭门会议；至少看上去是这样的。然而，实际情况却远非如此。最高法院把这一新权利

限制在向公众开放的传统情形——例如庭审程序。媒体试图进入其他领域的努力，以失败而告终。

与此同时，寻求将陪审团和外界评论隔离起来的宪法上的努力也无奈地停住了脚步。最高法院一直未能调和公正审判与新闻自由二者利益之间的紧张关系，并让后者最终占了上风。

以上所述，仅仅是表达自由与其他重要利益之间紧张关系的一个例证。最高法院所要面对的，还有诸如限制政治捐款活动的难题。这一议题之复杂，足可耗费本书所有篇幅，这里我只能略作勾勒。

恐怕没有哪个民主国家能像美国一样，对于耗资巨大的政治运动如此处之泰然。时至21世纪，两大党的总统候选人仅在预选及更早阶段的宣传费用就超过了1亿美元。国会于1971年和1974年通过法案，以控制竞选筹款的规模以及随之而来的以权谋私。【1971年，国会通过了《联邦选举法案》，这是美国历史上第一部系统规范竞选筹款的法律，后在1974年予以补充修正。该法案规定：在一次选举中，个人给某一候选人的捐款不得超过1000美元；一个“政治行动委员会”的捐款不得超过5000美元；个人一年可资助选举的捐款，不得超过2.5万美元。凡是100美元以上的选举捐款，各党派候选人都必须上交收据，并用其选举开支进行核实。——译者注】法案对个人向候选人的捐款数额、候选人及其他利益相关者的开支情况进行了一系列限制。

1976年，在巴克利诉瓦莱奥案（Buckley v. Valeo）中，最高法院认为捐款限额侵犯了第一修正案对表达自由的保护。【巴克利案：Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)。】最高法院维持了对于捐款数额的限制，但认定对于选举花费总额的限制违宪。据说，政治花销也是居于第一修正案核心地位的一种言论形式。一个未具名的观点认为，第一修正案“剥夺了政府认定某人为宣扬其政治观点而花费钱财的行为是浪费、多余和不智的权力”。其结果只能给那些自身就是富豪或者善于筹款的候选人以可乘之机。宪法学界的领军人物、哈佛法学院的保罗·弗罗因德（Paul A. Freund）教授巧妙地批评了最高法院的这一判决：“他们说这是‘金钱在说话’（money talks）。我们认为这恰好就是问题，而非答案。”

不久，政治家和他们的支持者就找到了最高法院支持捐款限额的漏洞。2002年，国会又出新策以试图遏制政治捐款的泛滥。【2002年竞选改革法：2002年《两党竞选改革法案》（Bipartisan Campaign Reform Act of 2002）。】依照该改革法案，政党不得再接受无限制的“建党资金”；同时，不得在竞选前夕制作、播放由财团或工会赞助的广告。批评的声音来自左右各派——从全美来复枪协会到美国公民自由联盟，批评者们认为改革法案违反了第一修正案。然而，最高法院拒绝接受批评的声音。法庭上形成了不同的观点，法官们也形成了不同的阵营。最终，法院以5票对4票的微弱优势，认定改革法案“合乎宪法”——其实这也显示了竞选改革与表达自由两种利益之间的激烈冲突。【支持该法的判决：McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003)。】尽管改革取得了法律上的胜利，然而在现实中，竞选费用却节节攀升，其巨额花销甚至超过了贪腐“黑金”，使得政治选举演变成了一场筹款竞赛。2007年，随着两位新法官的加入，最高法院改变了其在改革法案问题上的态度。法院认为，对于独立团体选举前夕政治开支的限制，违反了第一修正案。【关于改革法案的判决：Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life，参见琳达·格林豪斯与大卫·柯克帕特里克（Linda Greenhouse and David Kirkpatrick）撰“Justices Loosen Ad Restrictions in Campaign Law”，载《纽约时报》2007年6月26日A1版。】参众两院的议员们不得不为他们的下一次参选而陷入无休无止的政治募捐之中。

第一修正案在其他职位的选举活动中扮演的角色也越来越重要，值得一提的便是法官的选任。不同于其他西方国家或者联邦法官的任命制度，美国大多数州的法官都是选举产生的。【联邦法官的产生方式是以1780年约翰·亚当斯起草的《马萨诸塞宪法》为基础的，并直到今天还依然有效。】

法官选任在过去通常只是按部就班的既定流程，极少引起关注。各州的法官都有固定任期，或者必须面对一个决定其是否连任的定期投票——在职人员通常都会获得连任。但是，到20世纪末，保守派政治势力开始意识到，司法判决在与其利益攸关的许多议题上都具有不可忽视的影响力——诸如堕胎、惩罚性赔偿等社会和经济问题。于

是，保守派们起而反对某些在任法官，甚至不惜重金打击他们，并且在许多案件中收到了成效。

为了遏制法官选任的政治化倾向，很多州制定了禁止性规则，要求法官不得就某些有争议的话题发表个人意见，诸如“我反对堕胎”之类。明尼苏达州即颁布了所谓“声明条款”（announce clause），禁止法官候选人就法律或政治问题发表其个人观点。明尼苏达州共和党以该条款违反第一修正案诉诸最高法院，并于2002年赢得了这场诉讼。【共和党案：Republican Party of Minnesota v. White, 536 U.S. 765 (2002)。】最高法院以5票赞成4票反对的结果作出判决，并认为：法院的政治化——如果这种趋势有所增长的话，恰是我们不得不为言论自由制度而付出的代价。其他各州的类似规则也为该判决所推翻。于是，竞选法官的成本曾经微不足道，如今却大幅飙升——即便是竞选州最高法院的法官职位，也至少需要100万美元的经费。

依我之见，明尼苏达判决是对第一修正案的严重误用。法院僵化地对待法条，完全忽视现实状况。检验一个司法判决正确与否，并不是像霍姆斯法官在谈及政治言论时所说，“看它能否在市场竞争中为人们所接受”。许多伟大的司法意见都与当时的大众观点背道而驰，当年霍姆斯和布兰代斯就曾力排众议，反对惩罚激进言论。如果法官在候选期间宣布他们的观点，那么实际上就是在向选民表明其立场。这样一来，他们似乎只不过是另一种类型的政客。法官应该忠于的是法律，尽其所能忠实地解释法律，而非迎合大众观点。

当最高法院经过激烈争论，最终以微弱优势作出有争议的判决时（就像明尼苏达判决一样），那些对结局失望的人们总有希望看到下届法庭能推翻这项判决。事实上，这不仅仅是希望。那些反对1973年罗伊诉韦德案（Roe v. Wade）判决结果的人们，坚信妇女自愿选择堕胎是有宪法依据的，他们一直抗争直至原判被推翻。【罗伊案：Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)。】最高法院声称：宪法判决永远向重新审理开放，因为生活经验和新的理解总在不断增长。

首席大法官休斯将反对的声音比作对“法律反思精神”的呼唤。他用“因自残而造成的伤口”来描述最高法院三个前后相互矛盾的判决，它们对这个国家和最高法院本身有着极大的破坏性后果。【休斯：《美国联邦最高法院》（Supreme Court of the United States），哥伦比

亚大学出版社1928年版，第68页。】幸运的是，这些判决最终通过不同途径得到了矫正。

这三个判决中应首先提及的，当属德雷德·斯科特诉桑福德案（Dred Scott v. Sanford）。【德雷德·斯科特案：Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393 (1857)。】首席大法官罗杰·坦尼（Roger B. Taney）在1857年写下了“黑人不是美国公民”的字句。该判决在南北战争时期被推翻。同时，第十四修正案规定：凡出生于美国的人均为公民。第二个判决出自1869年一桩更加微妙的案件，一个独立法庭认为发行纸币违反宪法，两年后，法庭自己又推翻了这一判决。【法定货币案：第一起法定货币案，Hepburn v. Griswold, 75 U.S. 603 (1869)。】最后一个判决发生于1895年，【所得税案：Pollock v. Farmers' Loan Trust Co., 157 U.S. 429 (1895)。】最高法院判决征收联邦所得税（2%）违宪。该判决于1913年为第十六修正案所推翻。

进入20世纪后，最高法院较之以往更为频繁地推翻自己过去所作的判决。一个著名的例子就是2003年劳伦斯诉得克萨斯案（Lawrence v. Texas）的判决。【劳伦斯案：Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)。】它推翻了1986年的一个判决，认定各州不得将同性恋鸡奸定为犯罪。不过，指望最高法院改变心意，依然只是“某个万众瞩目的偶然事件”。而且，随着第一修正案日益为美国社会所尊崇，最高法院对于言论或出版自由核心重要性的认识还从未发生过变化。罗伊诉韦德堕胎案的判决已经远去，而《纽约时报》诉沙利文案及其他通往表达自由的里程碑依然矗立。

# 12　思想自由

第一修正案承诺的言论和出版自由不仅是外在的，而且是内在的；不仅是“表达的自由”，更是“思想的自由”。“思想自由”正是美国人在宪法面前庄严宣誓的核心。1776年，《独立宣言》发表后的几个星期，约翰·亚当斯的侄子塞缪尔·亚当斯（Samuel Adams）——这位言辞激烈的革命家，他的演说点燃了独立战争的烽火——在费城集会上，向听众说道：“我们的先辈来自地球上各个角落，正是关乎良知的思想自由和独立判断指引着他们，汇聚到这块新大陆，建立了快乐的国度。这里，是他们最后的避难所。”【塞缪尔·亚当斯：1776年8月1日在费城的演讲。】

我们为何需要思想与言论自由？哲学家、法官和学者们已经无数次地阐发了他们的见解。泽卡赖亚·查菲教授，这位曾凭借言论自由的论文深刻影响过霍姆斯法官的学者，把这个问题分解为两个层面：“第一修正案保护的是两类言论自由的利益。其一是个人利益，人们需要就对于他们的生存及其意义（if life is to be worth living）产生重大影响的事项发表意见；其二是社会利益，寻求真理的最终实现……”【查菲：《论美国的言论自由》（Free Speech in the United States），哈佛大学出版社1941年版，第33页。】

在漫长的历史中，许多人一直在为反抗压制他们表达的力量而不懈斗争。他们需要表达，就像查菲说的那样，无论是出于科学的、文学的抑或政治的要求。伽利略（Galileo）想要出版他的多年观察所得：地球围绕太阳运动。在罗马教廷统治时期，迫于宗教裁判所的淫威，他最终不得不选择了沉默。【德国剧作家贝托尔特·布莱希特（Bertolt Brecht）的《伽利略传》（Galileo）生动地讲述了这个故事。】鲍里斯·帕斯捷尔纳克（Boris Pasternak）在经历了苏联斯大林统治时期的多年沉默后，写下了小说《日瓦戈医生》（Doctor Zhivago）。这部小说几经辗转在国外出版，赢得了诺贝尔文学奖。然而，尽管斯大林已经过世，官方压力仍然迫使他不得不宣布放弃这项荣誉。安妮塔·惠特尼（Anita Whitney）背叛了她显赫的家族，不顾危

险帮助筹建加利福尼亚共产主义劳动党。她的获罪激发了布兰代斯关于言论自由的伟大论述。

也许，正如查菲所说，美国人在生存及其意义这一问题上的表达欲望的确与众不同。阿尔伯特·爱因斯坦（Albert Einstein）在谈及他来到美国后的感悟时表达了同样的看法，他在1944年写下了这样的句子："就我所观察到的美国人而言，倘若没有自我表现的自由，生存将不具有任何意义。"【爱因斯坦：引自沃尔特·艾萨克森（Walter Isaacson）著《爱因斯坦》一书，西蒙与舒斯特出版公司2007年版，第480页；另见，该书注26。】

思想自由的社会利益也被数度强调，其中最负盛名的便是查菲所称的"寻求真理的利益"。约翰·密尔（John Stuart Mill）在其名著《论自由》（On Liberty）中精妙地阐述了思想自由的哲学基础。他认为，那些被压制的言论很可能包含着为社会所需的部分或者全部真理。同时，他还说，即便一个荒谬的信仰也是有价值的，因为对其进行争论的过程本身即可检验和进一步证明相反观点的真实性。

霍姆斯在1919年艾布拉姆斯案的反对意见中对穆勒的观点给予了有力的声援。他说：人们越来越相信，"希望达成的终极理想最好能通过思想的自由交流来实现，对真理的最好检验是在市场的竞争中让思想的力量本身为人们所接受"。"思想的市场"是霍姆斯经常使用的语句，不过他并没有准确地阐述过其内涵。文森特·布拉西教授曾经对此进行过语义学上的探源，发现该词首次出现于1936年戴维·纽博尔德（David M. Newbold）写给《纽约时报》编辑的一封信中。【布拉西："霍姆斯与思想的市场"（Holmes and the Marketplace of Ideas），载《最高法院评论2004》（Supreme Court Rev. 2004），第1卷第39页。】

与其他倡导言论自由的论调不同，霍姆斯并不认为言论自由就是探索真理的搜索引擎，他已经做好准备面对随之而来的严重后果。布拉西教授这样写道：

*霍姆斯，这位忠诚的老兵和骄傲的达尔文主义者。他始终坚信，反对意见——甚至包括那些鼓吹暴力革命的言论的价值在于，激起某些同情、热望和动员的力量，正是这种力量迫使政治变革与转型的发*

*生……也许，言论自由最鼓舞人心的地方在于它能够最直接地把追随政治思想的自由留给人们；换言之，人们能够不受限制地去思考那些被认为是理所当然、无需思考的政治忠诚、允诺、服从和暴力。*

詹姆斯·麦迪逊把言论自由、尤其是出版自由视为共和国的基石——在这样的政治体制下，“人民，而非政府，拥有绝对主权”。麦迪逊政治自由理论的近代使徒、哲学家亚历山大·米克尔约翰在1948年写道，“人们要实现自我管理，就必须能够判断哪些是不明智的、哪些是不公正的而哪些又是危险的，其他任何人都不能代替。”【米克尔约翰：《言论自由及其与自治的关系》（Free Speech and Its Relation to Self-Government），哈珀兄弟出版公司1948年版。】由此，在这位哲学家看来，第一修正案就是要禁止对政治言论的任何限制。

涉及政治言论自由的案件会有一些特殊的性质，这就是布拉西所谓的“制约价值”，即媒体和评论人士在揭露、纠正政府权力滥用方面的作用。随着政府行政机构的帝国野心日益膨胀，政治言论的制约价值也显得越来越重要。当乔治·布什总统借着虚假理由将美国拖入伊拉克战争，随后又下令非法秘密监听公民的通信往来并且宣布政府有权虐囚时，国会似乎无能或者说无意扮演麦迪逊及其他制宪者所寄望的制衡角色。只有媒体，最终击穿了秘密，曝光了丑闻。要知道，布什绝不是惟一一位具有帝国野心和崇尚权力的总统。

支持表达自由的最后一点论据，来自它对于一个社会中个人品格的影响。一个自由社会中的公民必须要有足够的勇气，有勇气听取各种意见：不仅包括不受欢迎的政治言论，而且包括科学与文学领域的新奇、甚至令人震惊的观点。在惠特尼案的意见书中，布兰代斯奏响了公民勇气的乐章：

*那些经过艰苦卓绝的革命终于赢得独立的先辈绝不是懦夫。他们不惧怕政治变革，也不会为了秩序而牺牲自由。对于勇敢而自信的人来说——这种自信源自于民主政府所具有的自由而无畏的理性，言论所诱发的危险不会被认为是明显而即刻的，除非人们感到罪恶如此迫在眉睫，甚至在有机会予以充分讨论之前就会降临……*

自由社会要求具备的勇气不仅应当为那些相信变革的人所拥有，对于新闻记者以及其他观点的塑造者来说，更是必不可少的。除此以

外，法官同样应该是这样的勇者。美国社会的很多优秀品格都是由法官率先垂范的，他们对于种族公正、妇女和同性恋的平等权利以及言论自由的尊重，成为当世之楷模。美国社会在这类问题上每向前迈进一步，都使法官置身于舆论的风口浪尖，有时甚至还会有生死之虞。“我们这里的确很平静，”霍姆斯说，“不过，这是处于风暴中心的平静。”【“我们这里的确很平静”：引自霍姆斯法官1913年2月15日的演讲“法律与最高法院”（"Law and the Court", speech）。】

20世纪下半叶以来，对于法院的抨击变得越来越猛烈了。反对意见主要来自南方的白人，他们希望能够继续维持原有的种族制度，而1954年最高法院在布朗诉教育委员会案（Brown v. Board of Education）的判决中宣布在公立学校中实行种族隔离是违宪的，此举将民权运动付诸司法实践。【布朗案：Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)。】攻击者想方设法证明法院和法官的判决违反了法律。其后，支持种族言论自由的判决又引起了轩然大波。

保守主义者曾使用“能动主义的”（activist）一词来揶揄那些令他们不快的人或事：“能动主义的法官”、“能动主义的判决”。这个词暗示着法官已经僭越了他们解释宪法的本职；不过，这个词除了被这些批评者用以声讨那些他们并不乐见的判决结果外，也还表达了其他的含义。从约翰·麦迪逊对国家的构想到布朗诉教育委员会案，事实上正是这些“敢为天下先”的司法判决塑造了今日的美国。在今天这样一个面临种种国际威胁，而政府也随时准备以国土安全为由扩张行政权力的时代，惟有法官的这般勇气方能护佑我们的自由。

当然，一个民主国家绝不会坐等法庭的拯救。对于美国人自由的威胁，也不会因某一个司法判决而归于终结。1798年的《反煽动叛乱法案》在1800年大选中被选民们成功地废除了。1920年的“帕尔默突袭”最终引发民众的不满。最高法院驳回了二战期间阻止驱逐西海岸的日裔美国人的努力，但国会后来还是为这一暴行道歉。公开曝光阻止了联邦调查局长期以来秘密进行的最为阴险的行动，——一个由联邦调查局局长亲自执掌的秘密刑讯系统，埃德加·胡佛用它来迫害那些所谓的“危险的”左翼分子。这一秘密机构在1971年才被曝光，当年一个不知名的团体突袭了位于宾夕法尼亚中部的某个联邦调查局办公室，披露了这一“反间谍计划”及其部分罪恶行径。即使是在人们对于共产

主义最感恐怖的时期，被曝光的“反间谍计划”也不可能获得民众的支持。用布兰代斯的话来说，阳光是“最好的消毒剂”。

秘密和压制孕育着恐慌，开放则使我们更为自信。布莱克法官的妻妹弗吉尼碰·杜尔（Virginia Durr）在谈及她对布莱克的看法时很好地表达了这一观点，“他认为，当人们不能讨论问题时，便没有人能是自由的。这就是为什么我在他身边总是有安全感的一个原因。”【杜尔对布莱克的评价：引自弗吉尼娅·杜尔著《魔环之外》（Outside the Magic Circle），亚拉巴马大学出版社1985年版或西蒙与舒斯特出版公司试金石系列1987年版，第167页。】

2006年，在伊拉克战争期间，一位二十五岁的巴基斯坦妇女努尔·法蒂玛（Nur Fatima）来到美国，并定居于布鲁克林。在接受《纽约时报》记者安德鲁·埃利亚特（Andrea Elliott）采访时，她说：“在这个国家，我得到了自由，行动的自由，思想的自由。”【努尔·法蒂玛：引自《纽约时报》2006年9月10日A1版。】

塞缪尔·亚当斯的美国梦依然鲜活。

# 致谢

二十年来，文森特·布拉西与我在哥伦比亚大学新闻研究所共同执教“新闻宪法学”课程。他是哥伦比亚大学和弗吉尼亚大学的法学教授，我的益友兼良师。感谢他不吝审读本书初稿，并提出许多重要建议。

写作本书的想法始于我的文学代理人温迪·斯特史曼（Wendy Strothman），他总能给我有价值的启发。基础读物出版社（Basic Books）的执行编辑威廉·弗鲁特（William Frucht）使得这一想法变为现实。在此过程中，他的助理康特尼·米勒（Courtney Miller）、项目编辑莎娜·默夫（Shana Murph）和桑德拉·博里斯（Sandra Beris），也助了一臂之力。责任编辑凯瑟琳·斯特雷克福斯（Katherine Streckfus）出色地完成了编校工作。

琳达·格林豪斯（Linda Greenhouse）查遍了最高法院关于《纽约时报》案的所有卷宗，以助我厘清司法判决中晦涩难缠的真义。多年来，《纽约时报》的资料员和研究人员一直为我提供最新的资讯。

克里斯蒂娜·马瑟斯（Christina Mathers）敦促我专注于本书的写作。我的妻子玛格丽特·马歇尔（Margaret Marshall）是一名出色的法官，她对本书的每一字句都给予了专业而充满爱意的批评。

感谢上述所有的人。